J. rom. m.
147 r

<36610759630013

<36610759630013

Bayer. Staatsbibliothek

Darstellung der Lehre vom Besitz

als Kritik

des v. Savigny'schen Buches:

„Das Recht des Besitzes. 6te verbesserte Auflage“

von

einem preußischen Juristen.

Inhalt:

1. Einleitung.
2. Umrisse zu einer philosophisch-historischen Bearbeitung der Lehre vom Besitz.
3. Besondere Beurtheilung der v. Savigny'schen Abhandlung über das Recht des Besitzes, mit Rücksicht auf Gans' Duplik: „Ueber die Grundlage des Besitzes.“

Berlin,
Verlag von Rücker und Püchler.
1840.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Inhalt.

Seite

I. Einleitung 1

II. Umrisse zu einer philosophisch-historischen Bearbeitung der Lehre vom Besitz 9

III. Besondere Beurtheilung der v. Savigny'schen Abhandlung über das Recht des Besitzes, mit Rücksicht auf Gans' Duplik: „Ueber die Grundlage des Besitzes" 45

Ein vorzügliches Bestreben unserer Wissenschaft muß darauf gerichtet sein, den gegenwärtigen Zustand des Rechts allmählig von demjenigen zu reinigen, was durch bloße Unkunde und Dumpfheit literarisch schlechter Zeiten, ohne alles wahrhaft praktische Bedürfniß, hervorgebracht worden ist.

v. Savigny. Vom Beruf unserer Zeit ꝛc.

I.

Einleitung.

Als v. Savigny im Jahre 1803 mit seinem „Recht des Besitzes" als 24jähriger Jüngling hervortrat, wurde dieses erste Erzeugniß desselben von den damaligen Juristen als das eines vielversprechenden jungen Gelehrten begrüßt, und nicht ohne Grund: denn sowohl ein fleißiges Quellenstudium, als eine einfache und gehaltene Darstellungsweise zeichneten es vor den meisten gleichzeitigen Erscheinungen der juristischen Literatur aus. Thibaut war einer der ersten, welche die Verdienste dieser Abhandlung anerkannten. Er sprach sich über dieselbe mit jugendlich theilnehmender Freude aus, zugleich aber konnte er als Diener der Wissenschaft bei dieser wie bei späteren Gelegenheiten nicht unterlassen, deren Mängel im Einzelnen zu rügen. Diese Abhandlung v. Savigny's nun, womit er seine gelehrte Laufbahn so glänzend begonnen, ist auch bis jetzt sein bedeutendstes Werk im Bereiche der Rechtswissenschaft geblieben. Es hat nicht nur den Ruhm seines Verfassers begründet, sondern ist auch stets als die vorzüglichste Frucht betrachtet worden, welche aus seiner Schule hervorgegangen. An den Früchten aber sollt ihr sie erkennen! Und deshalb ist dieses Buch ganz besonders dazu geeignet, als Mustergegenstand zur Würdigung der Leistungen der philologisch-antiquarischen Rechts-Schule überhaupt

von der Kritik gewählt zu werden. Wenn solche es daher unternimmt, an diesem die Schwächen der Schule nachzuweisen, so ist sie dabei in ihrem vollen Recht, und thut sogar etwas Zweckmäßiges und Heilsames, da eben dieses Buch durch sein Ansehn und durch seinen formellen Werth die Resultate einer mangelhaften Methode mehr als andere Bücher zu befestigen im Stande war.

Damit jedoch die Kritik bei der Beurtheilung des vorliegenden Werkes selbst den Schein der Ungerechtigkeit vermeide, soll an dasselbe kein anderer Maaßstab gelegt werden, als der eigene seines Urhebers. v. Savigny hat sich nämlich an verschiedenen Orten über die Anforderungen geäußert, welche an rechtswissenschaftliche Arbeiten zu machen sind, und nach diesen wollen wir die Prüfung der seinigen unternehmen.

„Ein zwiefacher Sinn," sagt er in seiner Schrift: „„Vom Beruf unserer Zeit ꝛc."" „ist dem Juristen unentbehrlich: der historische, um das Eigenthümliche jedes Zeitalters und jeder Rechtsform scharf aufzufassen, und der systematische, um jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen d. h. in dem Verhältniß, welches das allein wahre und natürliche ist." (S. 48.)

In der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft setzt er weiter auseinander, was die historische Methode bezwecke. Er weist daselbst (Bd. I. S. 375.) die Ansicht der Gegner zurück, als sei die unbedingte und ausschließende Anpreisung des römischen Rechts das eigentliche Wesen derselben.

„Sie will gerade verhüten," sagt er, „daß man sich von irgend einer Ansicht oder irgend einem System (sei es selbst erfunden oder überliefert) befangen lasse, und darüber den wirklichen durch die ganze Vorzeit bestimmten Rechtszustand vergesse. Sie dringt auf genaue Ergründung des

römischen Rechts, weil dieses durch unsere Geschichte ein Stück unseres Rechts geworden ist, aber sie fordert nicht weniger gründliches Studium des ursprünglich germanischen Rechts, ja auch der Modificationen, welche römisches und germanisches Recht durch Uebung und wissenschaftliche Behandlung vieler Jahrhunderte unter uns erfahren haben.“ (S. 376.)

Ebendaselbst sagt er ferner:

„Nach der Methode, die ich für die rechte halte, wird in dem Mannigfaltigen, welches die Geschichte darbietet, die höhere Einheit aufgesucht, das Lebensprinzip, woraus die einzelnen Erscheinungen zu erklären sind, und so das materiell Gegebene immer mehr vergeistigt. Dieses gegebene Mannigfaltige aber ist selbst zwiefach, nämlich theils ein gleichzeitiges, theils ein successives, woraus nothwendig auch eine zwiefache wissenschaftliche Behandlung entstehen muß. Das Zurückführen des gleichzeitig Mannigfaltigen auf die ihm inwohnende Einheit ist das systematische Verfahren, welcher Ausdruck nicht für ein bloßes Ordnen nach formellen, logischen Rücksichten gebraucht werden sollte. Die Behandlung des successiv Mannigfaltigen dagegen, ist das eigentliche historische Verfahren. Auch dieser Ausdruck wird von Vielen auf ein seiner Natur nach untergeordnetes Verfahren bezogen, auf das bloße Aufsuchen eines materiellen Stoffes nämlich, und das Beharren bei demselben als eigenthümlichen Zweck, aber dieses geschieht wieder mit großem Unrecht. Das wahrhaft historische Verfahren strebt vielmehr darnach, das Gegebene aufwärts durch alle seine Verwandlungen hindurch bis zu seiner Entstehung aus des Volkes Natur, Schicksal und Bedürfniß zu verfolgen. Dadurch wird gerade umgekehrt das ursprünglich Gegebene verwandelt und vergeistigt, indem dasjenige, was zuerst als todter, materieller Stoff erschien, nunmehr als lebendige Kraft und Thä-

tigkeit des Volkes angeschaut wird. Die allgemeine Voraussetzung bei diesem Verfahren ist die, daß jedes Volk in seinen Zuständen überhaupt, und so auch besonders in seinem bürgerlichen Recht, eine nicht bloß zufällige, sondern wesentliche und nothwendige, durch seine ganze Vorzeit begründete Individualität habe, daß mithin die Erfindung eines gemeinsamen Rechts für alle Völker ebenso nichtig sei, wie die einer allgemeinen Sprache, durch welche die wirklichen lebenden Sprachen ersetzt werden sollten. Dabei aber wird keineswegs verkannt, daß in jenem Individuellen und Verschiedenen gewisse allgemein menschliche und gleichförmige Richtungen angetroffen werden, welche man das philosophische Element alles positiven Rechts nennen kann." — „Das hier beschriebene Verfahren nun," schließt v. Savigny, „sollte wohl, wie es scheint, Jeder für ein ächt wissenschaftliches erkennen." (S. 396.)

Wir stehen nicht an, diesen Worten unsere vollkommene Beistimmung zu geben, und möchten diese Methode die philosophisch-historische nennen, um sie von der ihr entgegengesetzten zu unterscheiden, welche v. Savigny selbst als eine untergeordnete bezeichnet, und welche die philologisch-antiquarische genannt worden ist.

Vergleichen wir nun aber den Inhalt des vorliegenden Werkes mit diesen beiden Methoden, so sehen wir uns leider genöthigt zu behaupten, daß dasselbe bei weitem mehr der letzteren angehört, als der von v. Savigny selbst als ächt wissenschaftlich anerkannten.

Vielleicht möchte v. Savigny uns zur Erklärung dieses Umstandes auf seine in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft ebenfalls ausgesprochenen Worte verweisen, welche also lauten:

„Es ist der Triumph der historischen Forschung, wenn es gelingt, das Erforschte, wie etwas Miterlebtes, zu einfacher unmittelbarer Anschauung zu bringen: und gerade dann

haben sich beide Ansichten, die geschichtliche und die praktische, völlig durchdrungen. Aber es gelingt nicht immer, der Geschichte diesen ihren eigenthümlichen Geist abzufragen, und der Vorsatz, um keinen geringeren, als um diesen Preis arbeiten zu wollen, führt unvermeidlich zu einer ganz oberflächlichen Behandlung, die bei einem leeren Anspruch auf Geist in der That fruchtloser ist, als das entgegengesetzte ganz materielle Bestreben." „„Ich habe überhaupt,"" „sagt Göthe," „„keine schlimmere Anmaßung gefunden, als wenn Jemand Ansprüche an Geist macht, so lange ihm der Buchstabe noch nicht deutlich und geläufig ist."" Wie auf der einen Seite ein Ernst, der auf den Grund zu dringen strebt, so ist auf der andern wahrheitliebende Genügsamkeit jedem Forscher zu wünschen."

Hätte v. Savigny uns diese Worte im Jahre 1803 zugerufen, so würden wir die Bescheidenheit des jungen Schriftstellers nur lobend anzuerkennen gehabt haben. Seitdem aber sind 35 Jahre verflossen, er wird nicht auch jetzt noch für einen Anfänger gelten wollen, dem der Buchstabe noch nicht geläufig ist, und der deshalb keinen Anspruch an Geist macht, vielmehr ist er aufgetreten als das Haupt einer Schule, welcher als höchstes Ziel die Erreichung der von ihm als ächt wissenschaftlich gepriesenen Methode vorschwebte, und der er als Vorbild voranstreben mußte. Sein Werk ist seit dem ersten Erscheinen nicht bloß immer von neuem abgedruckt, sondern es ist bis zur gegenwärtigen 6ten Auflage fortwährend daran geändert und gebessert worden. Wir sehen uns daher zur Annahme genöthigt, daß es nicht minder ihm, als seiner ganzen Schule, aus Mangel philosophischer Vorbildung unmöglich gewesen, nicht allein jenes Ziel zu erreichen, sondern selbst nach Erreichung desselben auch nur zu streben. Und doch war der zu demselben führende Weg gleichzeitig von anderer Seite her vielfach geebnet und zu-

bereitet worden, so daß es nur neben der Fähigkeit des ernsten Wollens bedurft hätte, um denselben ohne Schwierigkeit zu verfolgen!

Angenommen aber v. Savigny habe sich beschieden, nur das als ein untergeordnetes von ihm bezeichnete Verfahren zur Anwendung zu bringen, so trifft ihn dennoch ein doppelter Tadel. Auch eine unphilosophische gemeinrechtliche Abhandlung erfordert nämlich, wenn sie eine praktisch brauchbare und nicht bloß eine antiquarische sein will, daß die verschiedenen Bestandtheile des gemeinen Rechts, nämlich das römische, das germanische Recht und die Modificationen beider Rechte mit gleicher Liebe und Sorgfalt behandelt werden, nicht aber die letzteren beiden als bloßer Anhang, wie solches bei der vorliegenden Abhandlung geschehen ist. Diese Anforderung kann v. Savigny nicht zurückweisen, denn auch noch in der neuesten Ausgabe hat er (S. 214.) ausdrücklich erklärt, daß seine Theorie des Besitzes auf praktische Anwendung Anspruch mache, und daß deshalb die Modificationen des römischen Rechts hinzugefügt würden. Außerdem aber ist bei der dürftigen Behandlung dieser Modificationen noch das von v. Savigny selbst als fehlerhaft erwähnte Bestreben hinzugetreten, dieselben lediglich aus dem römischen Gesichtspunkte zu betrachten, während die germanische und neuere deutsche Rechtssitte als deren Grundlage hervorzuheben gewesen wäre.

Hierzu boten die Forschungen der neueren Germanisten genügende Vorarbeiten dar.

Endlich kann es auch nicht zu rügen unterlassen werden, daß v. Savigny, welcher seit 1810 dem preußischen Staate angehört, und seit 1819 sogar Vorlesungen über preußisches Recht hält, nicht letzteres als praktisch gültiges mit behandelt hat, da er doch eine praktisch-brauchbare Abhandlung liefern wollte, und dabei an sein preußisches Vaterland nicht minder denken mußte, als an das gemeinsame deutsche.

Das preußische Recht aber verdient um so mehr Berücksichtigung, als es kein bloßes Particularrecht ist, sondern das gemeine deutsche Recht selbst in seiner letzten Ausbildung.

Das vorliegende Werk steht jedoch in zu großem Ansehen bei den Zeitgenossen, als daß wir es bei allgemeinem Tadel bewenden lassen könnten, wir halten uns vielmehr für verpflichtet, unsere Behauptungen zu beweisen. Wir werden zu dem Ende zunächst die Möglichkeit darzuthun haben, die Rechtswissenschaft, auf Grund der vorhandenen Vorarbeiten, auf philosophisch-historische Weise zu behandeln, diesen Nachweis aber können wir gründlich nur führen, wenn wir selbst eine Darstellung der Lehre vom Besitze nach dieser Methode in größeren Umrissen zu geben versuchen.

Demnächst werden wir, um v. Savigny's Leistungeu hinsichtlich der Lehre vom Besitz unparteiisch zu würdigen, den Inhalt seines Werkes im Wesentlichen vorführen, und hieran die specielle Kritik desselben knüpfen müssen. Aus dieser Darstellung wird sich zugleich die von v. Savigny befolgte Methode ergeben, und unsere Kritik derselben sich als richtig bewähren.

Nur so glauben wir uns vor dem Vorwurfe der oberflächlichen Behandlung eines fast allgemein als vortrefflich anerkannten Werkes bewahren zu können, und hoffen, daß der Verfasser selbst unsere Verfahrungsweise als eine unparteiische und seiner würdige erachten werde.

II.

Umrisse zu einer philosophisch-historischen Darstellung der Lehre vom Besitz.

> Ohne Philosophie giebt es keine vollendete Geschichte, ohne Geschichte keine sichere Anwendung der Philosophie. Beide fließen als Hülfsmittel der Interpretation mannichfaltig in einander, und bedürfen einer fortgesetzten wechselseitigen Unterstützung. Der Jurist, dem es um Vollkommenheit zu thun ist, wird daher stets bemüht sein, beides, gründliche historische Kenntnisse und philosophische Einsichten mit einander zu verbinden.
>
> Thibaut's Versuche Bd. I. S. 174.

Der Erscheinungswelt überhaupt entspricht eine Ideenwelt, welche die Philosophie uns kennen lehrt, als das Ewige im Vergänglichen, als das im Wechsel Beharrliche. So liegt der Natur das Princip des natürlichen Lebens zum Grunde, welches überall in derselben, nur auf verschiedenen Stufen der Ausbildung, sich darstellt, welches trotz der vorgehenden Veränderungen und Umgestaltungen des Einzelnen stets beharrt, und in immer neuen Formen wieder erscheint. Gleicherweise ist das Princip der geistigen Welt die Idee des geistigen Lebens oder des lebendigen Geistes. Er offenbart sich in der Weltgeschichte als Wille Gottes, als Vorsehung, in dem Denken des Menschen als die Vernunft, in dessen Wollen als das Gewissen, und als Liebe in dessen Thun. Dieser wie in dem einzelnen Menschen so auch in ganzen Völkern lebendige Geist wirkt bei diesen nach ihrer eigenthümlichen

Natur auch auf eigenthümliche Weise in den verschiedenen geistigen Sphären der Religion, Wissenschaft, Kunst, Gesetzgebung als Idee des Göttlichen, Wahren, Schönen, Rechten; demnach nimmt er auch bei verschiedenen Völkern nach allen diesen Richtungen hin eine der Natur des Volkes gemäße, eigenthümliche Gestalt an. Zu seiner reinsten Offenbarung aber bedient er sich der Sprache als der geistigsten Form, deren Material selbst immateriell ist.

In diesen Sphären kommt der Geist bei jedem Volke mit dessen Entwickelung in immer umfassenderer Weise und immer ausgeprägterer Eigenthümlichkeit zur Erscheinung. Jedes Volk erhält, wie der einzelne Mensch, allmählig mehr und mehr seinen bestimmten Charakter und Ausdruck, dasselbe ist das Gefäß des Geistes, in welchem er gährt, und zu eigenthümlicher Kraft und Klarheit gelangt, dann aber dieses Gefäß, als ein nur eine Zeit lang dauerndes zerbricht, und in neuer Gestalt wieder hervortritt.

Der Geist aber bleibt immerdar derselbe, und somit auch als Princip der verschiedenen geistigen Sphären, in welchen er erscheint; sogar jedes Besondere dieser allgemeinen Richtungen, sobald es vom Geiste durchdrungen zu einem wahrhaften, und nicht bloß zufälligen Dasein gelangt, geht nicht unter mit der Gestalt eines einzelnen Volkes, sondern findet seinen Zufluchtsort bei einem andern Volke, wo es in eigenthümlicher Weise und demnächst in höherer Entwickelung wieder hervortritt.

Ganz richtig ist daher die Ansicht v. Savigny's (in seiner Schrift vom Beruf unserer Zeit S. 11.), daß der organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes im Fortgang der Zeiten sich bewähre, und in dieser Beziehung mit der Sprache zu vergleichen sei, indem so wie für diese, es auch für das Recht keinen Augenblick des absoluten Stillstandes gebe, und daß solches dersel-

ben Bewegung und Entwicklung unterworfen sei, wie jede andere Richtung des Volks, auch diese Entwicklung unter demselben Gesetz stehe, wie jene frühere Erscheinung; so daß das Recht mit dem Volke wachse, sich mit diesem ausbilde und endlich absterbe, sowie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliere.

Man muß jedoch, wie bereits angedeutet worden, noch weiter gehen und erkennen, daß, wenn auch das positive Recht mit der Eigenthümlichkeit eines Volkes, oder was dasselbe bedeutet, mit dem Volke selbst stirbt, die Rechtsidee, wie sie sich in den verschiedenen menschlichen Verhältnissen des Eigenthums, der Familie, des bürgerlichen und Staats-Lebens kund giebt, unsterblich ist, und in einem anderen Volke in neuer der Idee mehr entsprechender Gestalt aufersteht.

Die Verfolgung der Rechtsidee überhaupt, oder einer ihrer bestimmten Richtungen durch die verschiedenen Völkerindividualiäten hindurch bis zu deren letzter Entwicklung, ist das Geschäft der rechtswissenschaftlichen philosophisch-historischen Methode. Bei einer solchen Darstellung sind demnach zweierlei Momente sowohl auseinander zu halten, als auch in ihrer Verbindung vorzuführen, nämlich das Innere, oder die Idee des Rechtsinstituts, und das Aeußere, oder die Art und Weise der Realisirung und Erscheinung derselben bei den verschiedenen Völkern und in den verschiedenen Zeiten.

Um die Idee in einer dieser bestimmten Formen richtig zu fassen, ist wiederum diese Form selbst d. i. die Natur des in Rede stehenden Volkes nach den verschiedenen Perioden seiner Entwickelung zu ergründen und darzulegen. Die Idee einerseits und der Volkscharakter andererseits sind die beiden Pole, um welche die rechtshistorische Methode sich dreht, und von deren richtigen Erfassen die Vollkommenheit derselben abhängt.

Versuchen wir nunmehr solche auf die Lehre vom Besitz anzuwenden.

Der einfachste Rechtskreis ist der des Vermögens- oder des eigentlichen Privat-Rechts, wo die Person noch in keinem unmittelbaren Verhältniß zu anderen Personen steht, wie in dem Verhältniß der Familie, der bürgerlichen Gesellschaft, des Staates. Hier ist sie also bloße Privatperson. Dieser als Subjekt aber steht als Objekt gegenüber die Privatsache d. h. eine solche Sache, welche Gegenstand des Privatvermögens ist, und deren Besitz daher nicht beschränkt ist auf eine bestimmte Familie, Corporation oder den Staat.

Dieses Subjekt und dieses Object treten zu einander in verschiedene Rechtsverhältnisse, welche entweder unmittelbar entstehen, oder durch Vermittlung sei es gesetzlicher Bestimmungen, des Verlaufes einer gewissen Zeit, oder des Willens anderer Privatpersonen. Das unmittelbare Rechtsverhältniß einer Person zu einer Sache nun, oder sofern von der vorhandenen Vermittlung abgesehen wird, ist der Besitz. Jedes Rechtsverhältniß aber beruht auf dem Willen der Person: ein bloß faktisches Verhältniß gehört nicht in die Rechtssphäre, und der Besitz ist daher auch nur dadurch Besitz, daß die Person, welche in dem gedachten Verhältniß zur Sache steht, dasselbe erzeugt durch ihren Willen, indem sie diesem die Sache unterwirft. Nur durch diesen Willen ist das Verhältniß ein rechtliches, ohne diesen ist kein Besitz vorhanden.

Sehen wir nunmehr zu, welche Farbe der Besitz durch den Volkscharakter der Römer angenommen hat.

Die Römer waren ursprünglich ein Räubervolk d. i. ein Volk der rohen Gewalt, des ungebändigten Willens. Ein solches Volk konnte zum Gehorsam und zur Verbindung zu gemeinsamen Zwecken nur gebracht, nur zusammengehalten werden, wiederum durch Gewalt und durch Lenkung der rohen Kraft nach Außen gegen die Nachbarvölker, zu

gleich aber auch durch den Aberglauben und das Geheimniß, weil dies die einzigen friedlichen Mittel sind, welche auf Völker wirken, die noch in den Banden der Sinnlichkeit liegen. Die Lenkung der Kräfte nach Außen im Kriege war es jedoch vorzüglich, welche einerseits der Gewalt freien Spielraum ließ, andererseits sie regelte durch militärische Zucht. Wiewohl die Römer nun später ihre Räubernatur ablegten, blieb der Grundtypus ihres Charakters doch immer dasjenige geistige Element, welches auch noch als solches in dem Räuber anzieht, die männliche Kraft, der mächtige Wille, welcher das vernichtet, was sich seinen Zwecken widersetzt, die virtus. Mit diesem Willen geht der abstrakte, nur auf das Sinnliche gerichtete und nicht das Geistige erfassende Verstand Hand in Hand. In der Sphäre des Rechts macht sich daher der römische Volkscharakter überall geltend, das Recht selbst wird ein bloßes Privatrecht. Der Staat aber, den ein solches Volk bildet, ist kein geordnetes, harmonisches Ganze, in welchem die einzelnen Familien sich zu Gemeinen, die Privatpersonen zu Corporationen vereinen, und beide wiederum sich einer höheren Idee unterordnen, sondern er ist nur ein durch das Privatrecht geordnetes Zusammenleben von Privatpersonen, eine bloße bürgerliche Gesellschaft, deren Eigenthümlichkeit darin bestand, daß man sich wohl vorsah, daß kein absoluter Wille von innen oder von außen ein geordnetes Staatsleben herbeiführte (ne quid detrimenti respublica capial). Der römische Staat war nicht ein sittlich nothwendiges Ganze, sondern willkührlich entstanden und auf mächtige Willkühr gegründet. Er bewahrte seine Selbstständigkeit nur durch die physische Macht, und mußte deshalb dahin streben, die andern Völker zu unterjochen, sobald aber ein anderer mächtiger Staat ihm gegenüber sich erhob, mußte ein Kampf sich entspinnen auf Leben und Tod.

Die Heranbildung der Römer zu einem selbstständigen Volk geschah unter den Königen, die höchste Energie seines

Charakters entwickelte es in der Zeit der Republik in den Gegensätzen der Volkswillkühr und der Willkühr der Aristokratie. In dieser Zeit herrschten die Mächtigen im Volke, sie waren aber auch in stetem Kampf mit den nach Gleichheit der Macht Strebenden, bis dieser endlich dadurch ausgeglichen wurde, daß die Gegensätze erschlafften, und Einer als mächtigster Herrscher wurde. So wurde das römische Princip der willkührlichen Macht in seiner Person verwirklicht. Diese auf physische Macht gegründete Herrschaft des Einzelnen konnte keine erbliche sein, sondern der jedesmal Gewaltigste wurde Kaiser, und es war ein reiner Zufall, daß dieser bisweilen ein Nachkomme seines Vorgängers war. Das römische Volk, welches nun der willkührlichen Gewalt des Kaisers unterworfen war, verlor seine Eigenthümlichkeit im öffentlichen Leben, es verlor seine frühere Verfassung. Die unterdrückte Macht aber trat als solche hervor. Die der Aristokratie machte sich dem Kaiser gegenüber geltend am Hofe, im Heere und in den Beamten als ein beständiges Auflehnen in der Form erbärmlicher und heimlicher Conspiration, die unterdrückte Macht des Volkes dagegen suchte einen geheimen Ausweg im Privatleben, und ward zu List und zu Ränken. Die größten Niederträchtigkeiten waren an der Tagesordnung während der Kaiserherrschaft. Die Habsucht und in ihrem Gefolge die Bestechung, der Betrug, die Erbschleicherei, die Angeberei nahmen immermehr überhand, Jeder mußte sich gegen die List des Andern schützen, um sein Leben und sein Vermögen zu bewahren. Daher kam es, daß man alle noch vorhandene geistige Kraft auf die Ausbildung des Privatrechts verwandte. Hierzu hatten die Römer auch ganz besonderes Talent. Denn im Bereiche des Privatrechts konnte sich der abstrakte Vorstand in seiner vollen Consequenz geltend machen. Von diesem strengen Recht ging man nicht ab, und nur durch List (fictiones juris, actiones utiles) erlaubte man

sich dasselbe zu beugen, wo es in seiner Festhaltung offenbar zur Ungerechtigkeit führte.

Das Recht aber konnte nur deshalb zur Ungerechtigkeit führen, weil der römischen Gesetzgebung überhaupt nicht das Prinzip der Gerechtigkeit oder der Gleichheit der Menschen vor dem Gesetze, sondern das der Bevorrechtung zum Grunde lag. Auch hierin gab sich die in dem Charakter der Römer liegende Willkühr kund. Sie konnten kein wahrhaftes, allgemein sein wollendes Recht erzeugen, sondern nur ein solches, das zuvörderst einer Partei im römischen Volke, und dann diesem selbst vor andern Völkern Vorrechte einräumte. Die minder berechtigte Partei, und später die minderberechtigten den Römern unterworfenen Völker suchten nach und nach Gleichmäßigkeit des Rechts d. i. Gerechtigkeit zu erlangen. Das Streben darnach äußerte sich wiederum in der Form der Gewalt und Willkühr, in blutigen inneren Kriegen, und die Ausgleichung geschah in der Art, daß die Römer nach und nach ihr starres Recht aufgaben, in welchem die Rechtsidee noch gebunden lag (jus strictum, jus civile), und mit der Gleichstellung der bisher Minderberechtigten das bei diesen geltende gleichmäßige Recht (aequitas, jus gentium) durch Vermittlung des ebenfalls zum Civilrecht erhobenen prätorischen Edikts und der Constitutionen der Kaiser nach und nach an die Stelle des älteren Civilrechts treten ließen. Aber auch in dieser Gestalt wurde das Recht nicht von seiner Starrheit befreit, und nie hat es dieselbe ganz abgelegt. Die den einzelnen Rechtsinstituten zum Grunde liegende Idee ist überall willkührlich beschränkt geblieben, und alle Rechte haben das Ansehn von Privilegien behalten. Es war daher den Römern auch nicht gegeben, ein systematisches Gesetzbuch hervorzubringen. Die von Justinian zu Stande gebrachte Compilation ist das beste Abbild des römischen Staates selbst. Es athmet in der ganzen Art seiner Abfassung den Geist der Willkühr und

der Zufälligkeit. Privatmeinungen stehen neben Privatmeinungen, und werden nur zusammengehalten und vereinigt durch die Willkühr des Kaisers. Wie der Geist des römischen Volkes in dem römischen Recht hervorleuchtet, läßt sich deutlich an den einzelnen Rechtsinstituten nachweisen.

Ueberall nehmen hier die sittlichen Verhältnisse die Natur der unumschränkten Gewalt, des Eigenthums an, so daß die Personen selbst als Sachen gelten. Der Dienende ist Eigenthum des Herrn, er ist Sclave. Der Haussohn ist in der Gewalt des Vaters, die Ehefrau entweder aus allem Verbande mit dem Ehemann, oder auch in derselben Art, wie das Kind, in einem Verhältniß der absoluten Unterwerfung unter den Willen des Hausvaters. Eben dessen Willkühr macht sich geltend in der Art und Weise, wie es ihm zusteht von Todeswegen über sein Vermögen zu verfügen. Das ganze Famalienrecht enthält nichts, als die Vorrechte des Hausvaters. Dieser war das unumschränkte Oberhaupt der Familie, er hatte eine paterna majestas, und konnte über Tod und Leben verfügen. Er war sogar Eigenthümer derselben, sie gehörte zu seinem äußerlichen Vermögen, und das Wort familia ist ganz gleichbedeutend mit Vermögen. Der ganze Begriff der Familie beruhte auf der Willkühr, nicht die Blutsverwandtschaft bildete deren Grundlage, sondern die Gewalt des Hausvaters. Blutsverwandte, welche aus derselben heraustraten, gehörten nicht mehr zur Familie, andere Personen aber, welche derselben unterworfen waren, Ehefrauen, Sclaven, Adoptivkinder waren Familienmitglieder. Ebenso willkührlich als das Famtlienverhältniß überhaupt war die Grundlage der Intestaterbfolge. Es galt hier nicht ein Erbrecht, welches auf dem natürlichen Familienverhältniß, der Blutsverwandtschaft beruhte, sondern ein Erbrecht der Gewalt. Nicht das Kind, sondern das im Eigenthum des Vaters, in der väterlichen Gewalt befindliche (suus), nicht der Verwandte überhaupt, sondern lediglich der nächste durch Män-

ner Verbundene (agnatus proximus) folgte in das Vermögen des Verstorbenen. Freilich änderte sich dies später, allein diese Aenderung der Rechtsverhältnisse hing zusammen mit dem Fortgang der römischen Geschichte überhaupt. Dieser aber bestand in dem Schwachwerden der sie bildenden Principien. Erst nachdem in der Kaiserzeit die majestas populi geschwunden war, und die Oberhäupter der Familien selbst in Abhängigkeit geriethen, wurden die Familienglieder frei. Die neue Staatsgewalt brach die alte Familiengewalt. Das Aufhören derselben aber war nichts, als ein allmähliges Erschlaffen, und es trat daher an deren Stelle nicht ein sittliches Verhältniß, sondern die völlige Entfremdung wurde bloß verdrängt durch äußerliche Annäherung.

Auf diese Weise suchte man denn auch die im testamentarischen Erbrecht herrschende Willkühr zu mäßigen durch das Notherbenrecht, und die das Intestaterbrecht verunstaltende Willkühr durch das Flickwerk der prätorischen bonorum possessio.

Dieselbe römische Willkühr und Starrheit, dieselbe Privilegienartigkeit des Rechts zeigt sich auch im Vermögensrecht. Wir erinnern nur an die Eintheilung der Sachen in solche, welche nur von Römern, und solche, die auch von Andern erworben werden konnten (res mancipi und nec mancipi), an die Beschränkung des Eigenthums auf körperliche Sachen, und der dinglichen Rechte auf vier bevorzugte Rechtsverhältnisse, an die Eintheilung des Eigenthums in solches, welches nur römische Bürger erwerben und ausüben konnten (dominium ex jure Quiritium) und in bloß bonitarisches Eigenthum, das auch den Fremden zustand.

Auch hier verlor sich nach und nach der Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi, das quiritarische Eigenthum wurde nach und nach zu einem bloß formellen Recht (nudum jus Quiritium), indem an einer und derselben Sache dem Einen das nackte römische Eigenthum, dem

Andern das reiche Nutzungseigenthum zustand, bis endlich durch Justinian das quiritarische Eigenthum überhaupt aufgehoben wurde.

Der Eintheilung des Eigenthums selbst entsprechend finden wir auch eine Verschiedenheit der darauf bezüglichen Erwerbungsarten, welche daher ebenfalls theils starre, formelle sind, wie die mancipatio, in jure cessio und usucapio, theils ganz formlose, wie die occupatio und die traditio.

Desgleichen sind die Verträge, welche die Erwerbung des Eigenthums bezwecken, theils so formelle, daß auch ohne wirkliche Verpflichtung dennoch eine solche aus der gebrauchten Form entsteht, wie bei Verbal- und Literal-Contrakten, theils solche, bei welchen erst die Uebergabe selbst den Versprechenden bindet (Realverträge), theils wiederum so formlose, daß die bloße Verabredung genügt (Consensualverträge). Es liegt in der starren Form der einen eben dieselbe Willkühr, als in der Formlosigkeit der andern.

In keiner Rechtssphäre aber spricht sich die römische Willkühr so deutlich aus, als in der Lehre vom Besitz. Der bloße Wille, eine Sache für sich zu haben, der animus rem sibi habendi, ist die Seele des römischen Besitzes, die Rechtmäßigkeit und der gute Glaube sind keine nothwendigen Bedingungen desselben, sondern führen nur Nebenwirkungen herbei. Der mächtige Wille, welcher sich äußert in solchem Innehaben der Sache, das jede fremde Einwirkung auf dieselbe ausschließt, genießt in seiner Erscheinung den Schutz des Gesetzes, ist für sich berechtigt. Wer eine Sache inne hat, ohne den Willen, sie für sich zu haben, also derjenige, welcher solche für einen Andern bewahrt, hat gar kein Besitzrecht, während Diebe und Räuber in ihrem Besitz gegen Störungen geschützt werden, und nicht einmal einem redlichen Inhaber zu weichen brauchen: nur der bestohlne oder beraubte Eigenthümer der Sache kann ihnen den Einwand des fehlerhaften Besitzes entgegensetzen. Aber auch diese Ausnahme

ist im neueren Recht hinsichtlich der interdicta recuperandae possessionis aufgehoben, so daß Räuber selbst gegen den Eigenthümer die Wiedereinräumung des Besitzes fordern können, sofern dieser sich solchen nicht sofort nach seiner Entsetzung, sondern erst später durch Gewalt wieder verschafft hat. Wie das Eigenthum, so ist auch der Besitz auf körperliche Sachen willkührlich beschränkt, und nur bei wenigen besonders bevorzugten dinglichen Rechten ist eine quasi possessio zugelassen. Eben so ist der Schutz durch Interdikte nach verlornem Besitz willkührlich eingeschränkt auf unbewegliche Sachen.

Der Mangel des guten Glaubens schadete sogar beim Beginn des Besitzes hinsichtlich der allgemeinen Besitzrechte nicht, sondern nur in so fern, als er nicht die Erwerbung von Eigenthum durch Verjährung zuließ. Es genügte der bloße Wille, die Sache für sich zu haben, und das darauf gegründete unmittelbare Verhältniß der Person zur Sache, also die willkührliche Besitznahme. Daher erwarb denn nicht nur der unredliche Besitzer, sondern auch der Dieb und Räuber durch den Verlauf eines gewissen Zeitraums eine Einrede (praescriptio longissimi temporis), mit welcher er sich selbst gegen den Eigenthümer schützen konnte: nur mußte er aufpassen, daß er den Besitz nicht verlor, weil eine Eigenthumsklage ihm nicht zustand. Trat aber der böse Glaube, nämlich das Bewußtsein, daß man nicht Eigenthümer der Sache sei, erst während des Besitzes ein, so konnte sogar auf Grund desselben mit der Zeit Eigenthum erworben werden.

Daß der mächtige Wille die Grundlage des Besitzes ist, zeigt sich endlich auch darin, daß derjenige, welcher eine Sache für einen Andern inne hat, solche zwar nicht durch seinen bloßen Willen für sich in Besitz nehmen kann, wohl aber im Stande ist, den Besitz derselben zu erlangen durch diebische Ergreifung oder durch Gewalt gegen den Eigenthü-

mer derselben. Diesem steht zwar überhaupt zu, durch Selbsthülfe gegen die Gewalt seine Sache zu vertheidigen, gelingt ihm jedoch die Entsetzung des gewaltsamen Besitzers nicht sofort, so verliert er den Besitz. Denn nur der mächtige Wille konnte den Besitz bewahren, hatte er aber nicht mehr die physische Macht, auf die Sache einzuwirken, so war der Besitz verloren.

Diese Andeutungen hinsichtlich der römischen Besitzlehre mögen hier genügen, da dieselbe im folgenden Abschnitt näher zu besprechen ist. Auch in dieser Lehre spiegelt sich demnach der römische Charakter ab als der des abstrakten Verstandes und der Willkühr. Diesem Charakter gemäß ist die römische Welt die atomistische, das römische Reich ein Staat von einzelnen Privatpersonen, an dessen Spitze kein Repräsentant des Ganzen, sondern der Kaiser, als erste und mächtigste Privatperson so lange steht, bis dieser Staat durch die gegen einander kämpfende Gewalt mehrerer gleich Mächtigen im Innern, seine Macht nach Außen einbüßt und untergehen muß. Im römischen Staat, als dem der abstrakten Macht, giebt es noch keine Körperschaften und Gemeinden, welchen eine Persönlichkeit zuerkannt wäre, es fehlt die Anerkennung der Besonderheit. Der Einzelne gelangt zwar zur Berechtigung, jedoch nicht seinem sittlichen Verhältnisse nach, als Mensch überhaupt, sondern nur als abstraktes Subjekt, als Privatperson.

Im Gegensatz hierzu sehen wir die germanische Welt hervortreten. Sie ist die Welt des Gemüths, in welcher kein Mensch mehr als Sache behandelt, andererseits aber auch nicht als Privatperson anerkannt wird. Der Mensch als solcher ist eben nur Mensch, juristische Bedeutung erhält er erst als Mitglied einer Gemeinde. Gemeindemitglied ist wiederum nur der Grundbesitzer, weil nur er derselben Sicherheit bietet, Gewähr leistet. Nur der Wehrhafte aber d. i. derjenige, welcher sich selbst zu schützen vermag, kann an Grundstücken die Gewehre erlangen. Denn als Grundbesitzer

muß er zur Vertheidigung der Gemeinde beitragen, und die Schutzbedürftigen beschützen, wogegen er wieder den Schutz der Gemeinde genießt, und an den Gemeinderechten Theil nimmt. Dieses germanische Leben, nicht für sich, sondern für Andere, ist das Leben des Gemüths, wogegen dem Verstande die Selbstsucht eigen ist. Nicht der Wille des Einzelnen, die Willkühr, ist daher das Princip des germanischen Rechts, sondern der Wille der Gemeinde, der besondere Wille. Das Interesse der Gemeinde ist in allen Verhältnissen vorherrschend, nur mit Rücksicht darauf gehorcht sie im Kriege demjenigen, welcher am fähigsten ist, sie zu schützen, dem Wehrhaftesten. Dieser ist der Heerführer (Herzog). Wie noch keine Privatperson, so besteht auch noch kein ausgebildetes Privatrecht. Dasselbe beschränkt sich auf das Recht des einzelnen Wehrhaften, sich und die seinem Schutze Befohlenen, so wie seine Habe im Bereiche seiner Wehre d. i. seines Grundeigenthums, welches sein Rechtsgebiet ausmacht, vor Gericht zu vertreten und zu schützen. Im Uebrigen ist das Recht nur Gemeinderecht. Selbst das Leben der Person wird nur in Anschlag gebracht mit Rücksicht auf den Verlust, welchen die Gemeinde erleidet, und der Mörder wird nicht mit dem Tode gestraft, sondern hat der Gemeinde eine Entschädigung (Wehrgeld) zu leisten. In der Familie herrschte nicht wie bei den Römern das Princip des Eigenthums, sondern hier trat ebenfalls ein Schutzverhältniß ein zwischen dem Hausvater einerseits, und der Ehefrau und den Kindern andrerseits. Auch die Unfreien (Hörigen) sind nicht zu vergleichen mit den römischen Sclaven, denn sie konnten zwar verkauft werden, aber nicht für sich, sondern mit dem Grundstücke, zu welchem sie gehörten, sie waren nur Zubehör des Gutes, glebae adscripti. Ihnen war der Feldbau überlassen, weil diese Arbeit eines freien Mannes für unwürdig erachtet wurde, diesem lag dagegen der Schutz des Ackerbaues durch die Waffen ob. Der Krieg war das Vorrecht freier

Männer. Das Verhältniß des Ehemannes zur Frau, des Vormundes zum Mündel, des Vaters zum Kinde, und das des Herrn zum Unfreien waren einander ähnlich. Beide hatten den Charakter eines Schutz- und Vertretungs-Verhältnisses. Dennoch waren sie auch von einander verschieden, und wird das erste daher in der Regel Voigtey, das zweite Gewehre genannt. Die Ehefrau, das Mündel und der Haussohn nämlich hatten alle Rechte eines Freien, nur die Ausübung, namentlich die gerichtliche Verfolgung derselben, hatte in ihrem Namen der Vormund und der Vater. Der Unfreie dagegen entbehrte aller Rechtsfähigkeit nach Landrecht, und war nur rechtsfähig nach Hofrecht. Der Herr trat für denselben in den Gerichten des Landrechts auf, nicht bloß als dessen Rechte schützend, sondern als Selbstberechtigter. Hatte der Unfreie daher eine Verletzung erhalten oder zugefügt, so zog der Herr die Buße und das Wehrgeld, so wie er umgekehrt solche für ihn zahlen mußte. Dem Herrn aber stand der Unfreie als vollkommen rechtsfähig gegenüber.

Da es noch kein Privatrecht überhaupt gab, trat auch das Privateigenthum noch nicht deutlich hervor. — Das Grundeigenthum war der Willkühr des Einzelnen dadurch entzogen, daß es zugleich Familien- und Gemeinde-Eigenthum war; andererseits war aber das Gemeindeeigenthum auch zugleich Privateigenthum, und diente den einzelnen Gemeindemitgliedern zur Benutzung.

Das Eigenthum überhaupt hatte noch mehr den Charakter des Besitzes, der Unmittelbarkeit, es war nur erst Gewehre, oder unter dem Schutz eines Einzelnen befindliches Gemeindegut, welches von ihm und seiner Familie ausschließlich benutzt wurde. Dieß war die Eigengewehre. Von dieser aber konnten gewisse Nutzungsrechte, als unvollkommene Gewehre getrennt werden, welche auch der Unfreie zu erlangen fähig war. Daher kennt das germanische Recht auch keine Eigenthumsklage, sondern nur Besitz- und

dingliche Klagen. Diese aber hatten nur die Wiederherstellung des verlorenen Besitzes zum Zweck. Hatte man den Besitz überhaupt noch gar nicht erlangt, aber doch ein Recht darauf, so verfolgte man dieses mit einer persönlichen Klage.

Der Besitz beruhte auf einem Schutzverhältnisse der Person zur Sache. Dieses Schutzverhältniß aber konnte auf zweierlei Weise begründet werden: entweder dadurch, daß man Inhaber der Sache wurde, dieselbe in seine Gewahrsam bekam (faktische Gewehre), oder dadurch, daß das Schutzverhältniß auf bloß juristische Weise, ohne faktische Innehabung, vorhanden war (juristische Gewehre). Letzteres war der Fall:

1) wenn Jemand wider seinen Willen und ohne richterliches Urtel die faktische Gewehre verlor,
2) bei Erbschaften,
3) bei gerichtlicher Zuerkennung, endlich
4) bei der Uebertragung von Grundstücken durch gerichtliche Auflassung.

Dieses einfache Schutzverhältniß nun der Person zur Sache ist die gemeine Gewehre. Sie fand bei fahrender Habe immer statt, bei Grundstücken aber konnte die rechte Gewehre eintreten. Diese war kein bloßes Schutzverhältniß, welches oft nur den Schein des Rechts für sich haben konnte, sondern wirkliches, öffentlich anerkanntes Recht. Hierzu bedurfte es zweier Erfordernisse, und zwar eines besonders geeigneten Anfangs durch gerichtliche Auflassung, Erbfolge oder richterliches Urtheil, und einer besonders bestimmten Dauer, nämlich von Jahr und Tag ohne Widersprache.

Die Wirkung der gemeinen Gewehre ist, so fern sie eine faktische war, das Recht der Selbstvertheidigung, der Selbsthülfe auf dem Schutzgebiet des Berechtigten, die Beschützung des Besitzes durch den Richter, bis das Recht des Gegners durch dessen Spruch festgestellt war, und im Fall der Entwehrung die Besitzklage. Letztere stand sogar demjenigen zu, welcher an der entwehrten Sache kein Recht hatte, weil die

Entwehrung ein willkührlicher Eingriff in seinen Rechtskreis, und somit eine Rechtsverletzung war. Denn in der Gewehre an Grundstücken lag zugleich die Gewehre an aller fahrenden Habe, die sich in deren Umkreis befand, so daß auch die Gewehre dessen, welcher solche Sache thatsächlich inne hatte, gegen den Besitzer des Grundstücks wirkungslos war.

Die Wirkung der juristischen Gewehre war, daß derjenige allein, welchem dieselbe zukam, die Sache vor Gericht vertreten konnte. Nur er konnte sie in Anspruch nehmen, nicht derjenige, welchem ein persönlicher Anspruch darauf zustand, auch war mit dieser Gewehre angreifende Selbsthülfe verbunden.

Beim Widerstreit der einen faktischen Gewehre mit einer andern, mußte die spätere stets der früheren weichen, weil eben nicht auf das Recht, sondern nur auf den vorhandenen Zustand gesehen wurde.

Derjenige, welchem die juristische Gewehre zukam, hatte keine Besitzklage, sondern eine dingliche Klage (Anfang), welche sich auf sein Recht gründete. Die juristische Gewehre wurde daher durch die rechte Gewehre, durch das bessere Recht, stets ausgeschlossen, auch wenn letztere später entstanden war. Der Mangel der Besitzklage entzieht der juristischen Gewehre aber nicht den Charakter des Besitzes überhaupt, weil diese Klage nicht das Hauptkennzeichen desselben ist, sondern nur die Folge der Innehabung. Dies geht unzweifelhaft daraus hervor, daß mit der juristischen Gewehre wesentliche Wirkungen des Besitzes verbunden sind, wie die oben erwähnte Verwandlung der gemeinen Gewehre in rechte Gewehre und die Selbsthülfe.

Jeder gewaltsame Eingriff in die Gewehre war zugleich ein Verbrechen gegen die Gemeinde, und wurde mit einer Geldbuße bestraft.

Hiernach beruhten alle germanischen Rechtsverhältnisse auf der Idee des Schutzes und der Vertretung. Der rechtliche

Wille nahm damit eine sittlichere Form an, denn er hatte nicht zum Zweck, eine Sache oder eine Person sich unbedingt zu unterwerfen, sondern nur den, das Verhältniß, in welches er zu derselben getreten war, aufrecht zu erhalten, und deren Gerechtsame wahrzunehmen. Es war nicht das Princip des Privatrechts, welches herrschte, sondern das des Familienverhältnisses, das der Liebe, welche die Schwachen schützt: sogar die Sachen wurden in dieses gemüthliche Verhältniß aufgenommen, und als Schützlinge des Besitzers betrachtet. In gleichem Verhältniß standen die Unfreien zum Herrn, die Kinder zum Vater, die Ehefrau zum Manne, das Mündel zum Vormunde, der Freie zur Gemeinde.

Wie in der Familie noch jetzt nicht das Gesetz, sondern die Sitte herrscht, so hatten auch die Germanen kein Gesetzbuch, sondern ihre Richtschnur war nur die Sitte und die Gewohnheit. Da die Idee der Familie sich auf alle ihre Rechtsverhältnisse erstreckte, so war es sehr natürlich, daß bei ihnen, wie Tacitus berichtet, gute Sitten die Stelle guter Gesetze vertraten. Die Weise des Gemüths aber ist es ferner, sich nicht einem Höheren, Allgemeineren unterzuordnen. Die Mitglieder der Gemeinde lebten daher nicht in einem Staatsverbande, sondern sie gewährten sich nur gegenseitig Schutz, außerdem aber konnten dieselben sich einzelnen, besonders mächtigen Personen anschließen, um von diesen ein größeres Besitzthum und einen größeren Schutz zu erlangen, wogegen sie denselben Treue und Dienste, namentlich Unterstützung im Kriege leisteten, und deren Macht vergrößerten. Sie wurden hierdurch deren Vasallen (Lehnsmänner). An den ihnen zur Benutzung (zu Lehn) gegebenen Grundstücken behielt der Beleiher das Obereigenthum, zu dessen Anerkennung bei Besitzveränderungen gewisse Abgaben gegeben werden mußten, eine neue Bekleidung mit den Rechten (Investitur) erforderlich war, auch unter Umständen ein Heimfall an den Obereigenthümer (Lehnsherrn) eintrat. Die Vasallen konnten wiederum Untervasal-

len haben und so fort. So gestaltete sich das Lehnsverhältniß, und dieses allein brachte größere, einem Staatsverbande ähnliche Vereinigungen zu Stande.

Wenn der Verstand objektiv sich als Vereinzelung gestaltet, so nimmt das Gemüth die Form der Besonderheit an. Es erzeugt neben einander bestehende Vereine der verschiedensten Art, die zwar zum Staatsorganismus gehören, aber noch nicht zu einem solchen geordnet sind. Es sind die noch auseinander liegenden Glieder des Staats, welche sich noch nicht zu einem organischen Ganzen zusammengefügt haben. So entstanden nach und nach Städte, Landgemeinden, Handelsvereinigungen, Ritterorden, lauter Staatselemente, aber noch kein Staat. Einen solchen versuchte zwar der Geist Carls des Großen zu schaffen, nach seinem Tode aber fielen die nur äußerlich zusammengehaltenen Elemente zum Theil wieder auseinander. Dennoch blieb nunmehr die Idee des Allgemeinen. Dieses Allgemeine aber, wie es sich verwirklichte, war nur ein über dem Besonderen Schwebendes, ohne solches zu durchdringen. Es war das deutsche Kaiserthum. Der deutsche Kaiser war kein willkührlicher Herrscher mit aller Macht ausgerüstet wie die römischen Kaiser. Er wurde gewählt, ursprünglich von allen Freien, später von den Fürsten, und endlich nach der goldenen Bulle von den sieben Kurfürsten. Von diesen war der Kaiser um so mehr abhängig, als er in der Regel aus der Zahl der weniger mächtigen Fürsten gewählt wurde. Außerdem war die kaiserliche Gewalt beschränkt durch die Reichstage, auf welchen die Kurfürsten und später auch die Abgeordneten der Städte erschienen. Der Staat hatte noch die Form der Gemeinde, der Kaiser war nichts, als die oberste Magistratsperson, welche nur mit Genehmigung der Stände die zur Erhaltung des Ganzen nothwendigen Steuern erheben konnte, und welche nur so viel Macht hatte, als die äußere Ordnung erheischte, denn die erste Magistratsperson ist nicht nothwendig der mächtigste Bürger. Ferner sind auch Kör-

perschaften da in der Gemeinde, die nur in einem äußeren Verhältniß zu derselben stehen. So auch im deutschen Reiche. Die freien Städte, die Reichsritter, die Landeshoheiten mit ihren Unterthanen standen nur in einem äußeren Schutzverhältniß zum Staate, sie genossen dessen Schutz, und mußten zu dessen Erhaltung beitragen. Wie in den Gemeinden die einzelnen Stände und Körperschaften ihre besonderen Statuten haben, so hatten auch die einzelnen Besonderheiten des deutschen Reiches ihr besonderes Recht, und die ihnen untergebenen Gemeinden hatten wiederum ihre besonderen Statuten und Gewohnheiten. Nur die allgemeine Ordnung angehende Gesetze wurden für das ganze Reich gegeben, die Reichsgesetze betrafen daher zum Theil die Reichsverfassung, theils waren sie Reichspolizeiordnungen.

In Folge der Vermehrung der Städte und der Handelsverbindungen entstanden nach und nach verwickeltere Rechtsverhältnisse. Durch Handel und Gewerbe war bedeutendes Vermögen an fahrender Habe erworben worden, der Begriff des Privateigenthums war da, aber die einheimischen Rechte reichten dazu nicht aus. Daher kam es, daß das gerade als Privatrecht so ausgebildete römische Recht in Deutschland schnellen Eingang fand. Das römische justinianische Gesetzbuch wurde als Hülfsrecht zuvörderst in den Reichsgerichten und später in allen deutschen Gerichtshöfen angewandt. Aber nicht in seiner ursprünglichen Gestalt wurde es aufgenommen, sondern so, wie es durch die Verordnungen der Päbste und durch die geistlichen Gerichte abgeändert worden war. Wo daher das kanonische Recht von dem römischen abwich, kam letzteres zunächst zur Anwendung. Das römische Recht selbst erkannte außerdem die Praxis der Gerichtshöfe als eine Rechtsquelle an, und so wurde denn durch diese das aufgenommene Recht mannigfach im germanisch-christlichen Geiste verändert, das Heidnische und Unchristliche daraus vertrieben, und dasselbe von der ihm eigenthümlichen

Starrheit befreit. Da dieses Hülfsrecht in ganz Deutschland zur Anwendung kam, erhielt es den Namen des gemeinen deutschen Rechts. Der Charakter dieses Rechts, war der des deutschen Reiches, das Christenthum machte sich zwar darin geltend, hatte es aber noch nicht in allen seinen Theilen durchdrungen, es war nur ein Abstraktallgemeines, welchem die Besonderung und die Individualisirung abging. Es war der weiche Teig, der von den Juristen, so wie das deutsche Reich von den Reichsständen, nach den Bedürfnissen umgeknetet wurde. Ein Hauptmangel desselben bestand aber darin, daß es wegen seiner undeutschen und formlosen Quellen nur in den Köpfen der Juristen leben, und selbst diesen nur schwer zugänglich sein konnte.

Die germanische Welt ist noch das äußerliche Werden des Staates, das Allgemeine und das Besondere haben sich noch nicht durchdrungen, denn in dem Besondern, in den Gemeinden, ist der Einzelne noch nicht als solcher zur Geltung gelangt, sondern wir finden den für sich geltenden Einzelnen nur wieder als Besonderheit, nämlich im hohen Adel und in der Reichsritterschaft. Der Staat aber ohne diesen vernünftigen Organismus ist der bloß weltliche Staat, der von einer geistigen Idee noch nicht erfüllte äußere Verband, der ein Ganzes nicht in sich, sondern nur nach Außen bildet, der Polizeistaat.

Dem Weltlichen aber gegenüber steht das Christliche, das Vernünftige, welches den Inhalt des wahren Staates ausmacht. Sofern es jedoch dem Weltlichen noch gegenübersteht, und dieses nicht durchdrungen hat, ist es selbst noch nicht das Innerliche, das Geistige, sondern das bloß Aeußerliche, das Geistliche. So stand dem weltlichen Reich ein geistliches gegenüber, dem Staat die Kirche, dem Kaiser der Pabst.

Die römisch-katholische Kirche will zwar nicht der Staat sein, sondern das Himmelreich, allein das Himmelreich ist nicht das Aeußerliche, sondern das Geistige, das Innerliche. In der katholischen Kirche ist mithin dieses Innerliche außer sich,

es ist etwas Aeußerliches geworden. Wie die Natur zwar eine Schöpfung Gottes, aber nicht Gott selbst ist, so ist die katholische Kirche die Naturseite des Christenthums, sie ist eine Schöpfung desselben, aber nicht das Christliche selbst, denn dieses hat in ihr noch nicht sein wahrhaftes Dasein erlangt. In der katholischen Kirche ist das Geistige erstarrt und materiell geworden, in ihr haben wir deshalb nicht die Erscheinung des Geistes, sondern sie erinnert nur erst an den Geist, wie die Natur nicht Gott offenbart, sondern nur hinweist auf Gott, als ihren Schöpfer.

Wie in der katholischen Kirche aber das Christliche sich verweltlicht hat, so strebt andrerseits der Staat dahin, ein christlicher zu werden. Durch das Christenthum sind die Deutschen nach und nach zum Selbstgefühl gelangt, sie haben den Werth des einzelnen Menschen kennen gelernt, und ihn auszubilden gesucht, wenn auch zunächst nur auf äußerliche Weise in dem Ritterthum. Die Subjektivität hat hier eine höhere Gestalt angenommen, als die der bloßen Privatperson, der freie Ritter ist der freie Mensch außerhalb des Staatsverbandes, er ist Souverain. Ebenso gestalten sich in den Städten, und namentlich in den freien Reichsstädten kleinere Staatsorganismen, und die bedeutenderen Fürsten wissen ihre Unterthanen zu einem immer festeren Verbande zu vereinigen. Das Christliche aber ist noch nicht das Wesen des Staates, es steht in ihm, aber durchdringt ihn noch nicht.

Während so die Kirche, außer dem Staate stehend, und sich über denselben stellend, diesen zu verschlingen drohte, mußte der Staat zum Zweck seiner Selbsterhaltung dahin streben, die Macht der Kirche zu schwächen, und dieselbe in ihre Grenzen zurückzuweisen. Sowohl Staat als Kirche wollten das Höchste sein auf Erden, eine dieser beiden Gewalten mußte daher die andere zu vernichten, oder wenigstens von sich abhängig zu machen suchen. So entstanden die fortwährenden Kämpfe zwischen den Kaisern und den Päbsten.

Beide Mächte waren Repräsentanten eines Allgemeinen, dieses Allgemeine aber war beiden ein Verschiedenes, mithin war jedes nur ein Besonderes, welches sich einem wahrhaft Allgemeinen unterzuordnen hatte.

Das Christenthum, als römisch-katholische Kirche, hatte ebenso wenig die ihm angemessene Gestalt, wie der Staat als deutsches Reich. Erst die gegenseitige Durchdringung des Staates und des Christenthums erzeugte dieselbe. Vermittelt aber wurde die Entstehung dieses neuen Staates durch die Reformation. Ebenso nämlich wie Kirche und Staat von einander getrennt waren, standen Priester und Laien einander gegenüber, jene waren die Geweihten, die Heiligen, letztere die Unheiligen, jene die Inhaber und die Vertheiler des Gnadenschatzes, diese die Gnade-Bedürftigen, jene die Bewahrer und die Kundigen des Wortes Gottes, diese die davon unmittelbar Ausgeschlossenen. Die Reformation, schon vorbereitet durch die Aufnahme des römischen Rechts, welches den Werth des Individuums für sich, als Privatperson, in Deutschland zur Anerkennung gebracht hatte, faßte diesen noch tiefer auf. Sie hob die ungeheure Kluft zwischen Priestern und Laien auf, sie erhob die Laien zu Priestern, und setzte an die Stelle jener solche Mitglieder der priesterlichen Gemeinde, welche sich zur Mittheilung des Wortes Gottes und zur Besorgung der Kirchenangelegenheiten besonders vorbereitet hatten. Der Stand der Geistlichen war nunmehr nur ein Stand neben andern Ständen im Staate, der von keinem geistlichen Oberen mehr abhängig war. Dies war das Wesen der Reformation. Daraus folgte dann, daß nunmehr jedes Gemeindemitglied befugt war, im Worte Gottes unmittelbar zu forschen, was durch Luthers Bibelübersetzung erleichtert wurde; daraus folgte ferner, daß die Rechtfertigung des Menschen nicht mehr geschehen konnte durch Ablaß der Sünde Seitens der Priester, sondern nur durch den Glauben. Diejenigen Fürsten Deutschlands nun, welche sich für die Reformation erklär-

ten, waren damit frei geworden von dem päbstlichen Einfluß in ihren Ländern, die Kirche nahm in denselben die ihr gebührende Stellung als nothwendiges Glied des Staates ein, und das Christenthum, welchem nun der Staat nicht mehr als Unchristliches und als Unheiliges gegenüber stand, durchdrang mehr und mehr dessen Gesetzgebung und Verfassung. Dadurch aber gelangten die deutschen Landesherren, welche die Reformation annahmen, zu einer selbstständigeren und gediegeneren Macht, als dem Kaiser selbst zustand, und obgleich das deutsche Reich das auch sie noch umschließende Allgemeine war, so hatten ihre Staaten doch eine höhere Berechtigung des Fortbestehens diesem gegenüber durch die Ausbildung des Staates in seiner wahrhaften Form, und sie waren vollkommen in ihrem Rechte, als sie an die Erhaltung dieser neuen Existenz Gut und Blut setzten. Daher ist es denn auch gekommen, daß sie das deutsche Reich nicht nur überlebt haben, sondern daß Deutschland selbst durch das kräftige Lebensprincip seines protestantischen Hauptstaates, nämlich Preußens, von seinen äußeren Feinden befreit, und vom Untergange gerettet worden ist. Denn das Lebensprincip Preußens ist das Princip der Reformation, nämlich R e g e n e r a t i o n d e s N a t u r w ü c h s i g e n i n d e m G e s c h i c h t l i c h g e g e b e n e n d u r c h d e n G e i s t, u n d z w a r d u r c h d e n G e i s t c h r i s t l i c h d e u t s c h e r I n t e l l i g e n z. Deshalb finden wir überall in der Verfassung Preußens zwar deutsche Grundlagen, der preußische Staat aber ist nicht gebunden in seiner Entwickelung durch den Germanismus, er ist außerhalb Deutschlands entstanden, und hat das Germanische in sich aufgenommen nur seinem Geiste nach d. i. in seiner Läuterung durch das Christenthum. Denn das Christenthum bezieht sich nicht bloß auf die Religion. Nur für das Gefühl und die Vorstellung gestaltet es sich als christliche Religion, für die Vernunft aber als christliche Wissenschaft, für die Phantasie als christliche Kunst, für den einzelnen Willen als christliches

Recht und christliche Moral, und für den Gesammtwillen einer Nation als christliche Verfassung. Das Christenthum ist nicht bloß inneres Leben, sondern bildet auch die äußere Welt um durch seinen Geist, und verwandelt die heidnischen Staaten in christliche, es verwandelt die Welt der Knechtschaft in eine Welt wahrhafter Freiheit.

Der preußische Staat seufzt daher nicht mehr unter der Last des mittelaltrigen Particularismus, das Besondere ordnet sich hier dem Allgemeinen unter, der Einzelne opfert sein bloß subjektives Interesse dem allgemeinen Wohl, dafür ist er aber auch nicht mehr bloß als Mitglied einer Gemeinde, sondern als menschliches Individuum überhaupt als vollkommen rechtsfähig anerkannt.

Durch die Aufhebung der Reichsverfassung wurde Preußens König auch Souverain seiner deutschen Länder. Die Lehnsverbindung zwischen ihm und seinen Unterthanen war schon früher aufgelöst, dadurch waren sie freie Eigenthümer geworden, nunmehr aber wurden sie preußische Reichsunmittelbare, aus preußischen Unterthanen wurden preußische Staatsbürger. Auch die Landstände hatten jetzt ihre Bedeutung verloren, und an deren Stelle trat der Staatsrath. Der Landesherr war nicht mehr der mächtigste Grundbesitzer, zu welchem die Unterthanen nur in einem äußern Schutzverhältniß standen, und dem sie die zu diesem Schutz erforderlichen Abgaben bewilligten, sondern er war jetzt Staatsoberhaupt. Alle Interessen der Staatsbürger waren auch die seinigen, er war nunmehr Repräsentant der Gesammtheit derselben, des Staates, und das gemeine Wohl war das Princip der Regierung. Daher wurden denn auch die Majestätsverbrechen nicht mehr angesehen, als bloße Verbrechen gegen die mächtigste Person des Staates, sondern als ein Unternehmen gegen das Bestehen des Staates selbst. Ebenso aber hörten die Stände, Gemeinden und Körperschaften auf, etwas für sich Bestehendes zu sein, sie waren nur noch Glieder des Staa-

tes, und mußten ihre Besonderheit aufgeben, soweit diese mit dem allgemeinen Organismus sich nicht in Einklang bringen ließ.

Die bürgerliche Gesellschaft war jetzt nicht mehr die höchste Weise der Vereinigung der Menschen, sie war nur noch eine dem Allgemeinen, dem Staate, untergeordnete, von diesem getragene Besonderung desselben.

Während daher der römische Kaiserstaat eine durch die mächtige Willkühr eines Einzelnen nur äußerlich zusammengehaltene Menge von Privatpersonen war, während das deutsche Reich aus einer Vereinigung von Besonderheiten bestand, über welcher das Kaiserthum schützend schwebte: ist es erst der neuern Zeit gelungen, den wahrhaften, organischen Staat zu verwirklichen. Dieser Staat ist nicht auf physische, sondern auf sittliche Macht gegründet, er ist ein freies Individuum andern gleichberechtigten Staaten gegenüber, die er als sittlich nothwendige Vereine anerkennt.

Das preußische Recht enthält dieselben verschiedenartigen Elemente, wie der preußische Staat. Wir finden darin ein rein germanisches, ein von außen aufgenommenes, und ein christliches Element; und alle diese Bestandtheile stehen nicht äußerlich neben einander, sondern sind sowohl unter sich innig verbunden zu einem organischen Ganzen, als auch sämmtlich durchdrungen von der Idee des neuen Staates. So bietet denn das allgemeine Landrecht das treffendste Vor- und Ab-Bild des preußischen Staates selbst dar. Wie dieser nichts Anderes ist und sein will, als ein durch das Christenthum wiedergeborener deutscher Staat, so ist auch das preußische Recht nur ein wiedergeborenes deutsches Recht. Es ist nicht ein bloß auf preußischem Boden gewachsenes Recht, kein bloßes Particularrecht, sondern das im Geiste der deutschen Praxis fortgebildete und zu seiner höchsten Ausbildung gebrachte gemeine Recht. Das römische Recht hat darin seinen Charakter der Willkühr und der Starrheit gänzlich abgelegt, es ist

zu einem gerechten Recht geworden, welches nicht mehr spricht: fiat justitia, pereat mundus, sondern dessen Wahlspruch ist: suum cuique; das kanonische Recht ferner hat hier seinen Charakter der Verweltlichung des Religiösen abgelegt, die Verwechselung der Religion mit der Kirche ist aufgehoben, und letzterer ist die ihr gebührende Stellung im Staatsorganismus gegeben worden d. h. das kanonische Recht ist verwandelt worden in ein christliches; die germanische Rechtssittte endlich ist befreit worden vom Charakter der Gemüthlichkeit und der Besonderheit, die deutsche Sitte ist erhoben worden zum deutschen Geiste.

Wie der Boden des Rechts überhaupt der Wille ist, so ist dies auch im preußischen Recht der Fall. Während jedoch im römischen Kaiserreich der Wille des Kaisers, als dieses Einzelnen: während im Mittelalter der Wille der Stände, der Körperschaften und der Gemeinden das Princip des Rechts war; so ist es jetzt der Gesammtwille d. i. der Wille aller Glieder des Staats, der sich befreit hat von seinen Besonderheiten, und welcher erkannt und ausgesprochen wird durch das allgemeine Staats-Bewußtsein, durch die Regierung. Die Idee des Allgemeinen, des Staates heiligt daher alle Rechtsverhältnisse und hat gegenwärtig sogar dem Privatrecht einen staatsrechtlichen Charakter gegeben, während bei den Römern der Privatwille das Höchste war, und das öffentliche Recht den Charakter des Privatrechts annahm, und während im Mittelalter dasselbe den Stempel der Gemeindeverfassung trug. Dieser Charakter ist so hervorstechend, daß man selbst geneigt gewesen ist, den preußischen Staat einen vormundschaftlichen zu nennen. Das scheinbar Vormundschaftliche ist aber nichts weiter als das Staatsinteresse, welches sich geltend macht in den Angelegenheiten der Privatpersonen, so wie in den der Körperschaften und der Gemeinden. Die Willkühr ist damit nicht gänzlich ausgeschlossen, sie darf

jedoch nur so weit walten, als das gemeine Wohl nicht darunter leidet. Darin liegt auch nicht einmal eine Beschränkung der besondern Rechte, dieselben sind vielmehr nur in die ihnen gebührende Grenze zurückgewiesen. Denn wo das höhere Interesse eintritt, da ist das geringere diesem gegenüber gar nicht mehr vorhanden.

Dieses Princip des allgemeinen Willens oder den staatsrechtlichen Charakter des preußischen Rechts werden wir nunmehr näher aufzuzeigen haben. Während der Inhalt des einzelnen Willens das Beliebige, das Zufällige, das Unsittliche und das Unrechtliche ist, hat der allgemeine Wille nur das Vernünftige, das Sittliche, das Rechtliche zu seinem Inhalte. So werden denn nicht mehr, wie bei den Römern, Menschen als Sachen, oder, wie bei den Germanen, dieselben als Zubehör eines Grundstücks betrachtet, sondern alle Menschen sind gleich berechtigt, sind freie Staatsbürger, der Dienende ist ebenso sehr in seiner Persönlichkeit anerkannt wie der Herr, ja jeder Einwohner des Staats ist waffenfähig, und der Krieger hat keinen Vorzug mehr vor dem Ackerbauer. Das Familienverhältniß gründet sich nicht mehr auf die Gewalt des Hausvaters, auch nicht auf das bloße Schutzverhältniß, sondern die Liebe und die natürliche Verwandschaft sind die Grundpfeiler desselben; das Schutzverhältniß aber tritt nur noch da ein, wo die Umstände selbst ein solches erheischen. Auch das willkührliche Testament ist nicht mehr das Vorherrschende im Erbrecht, sondern die gesetzliche Erbfolge, und diese ist wiederum nur gegründet auf natürliche Verwandschaft.

Ebenso ist alle Willkühr und Privilegienhaftigkeit verschwunden im Vermögensrecht. Alle Sachen sind einander gleich gestellt, so weit deren Natur nicht Verschiedenheiten mit sich bringt, das Eigenthum ist nicht mehr beschränkt auf körperliche Sachen, sondern es erstreckt sich über Alles, was eine Substanz, was eine Selbstständigkeit hat, und es giebt nicht

bloß Eigenthum an Sachen, sondern auch Eigenthum an Rechten und geistiges Eigenthum.

Die Erwerbungsarten des Eigenthums unterscheiden sich nicht mehr in formeller Hinsicht, sondern ihr Unterschied geht aus deren Wesen hervor. Das Eigenthum wird nämlich entweder erworben auf unmittelbare Weise d. i. durch den einzelnen Willen oder auf mittelbare Weise; die mittelbare Erwerbung aber geschieht entweder durch den besondern Willen, nämlich den übereinstimmenden Willen zweier Personen, oder durch den allgemeinen Willen, durch das Gesetz. Die unmittelbare Erwerbung darf jedoch in der Regel nur geschehen unter Aufsicht des Staates, damit Niemand dadurch in seinem Rechte gekränkt werde.

Auch die Verträge sind keiner willkührlichen Form mehr unterworfen, ebenso wenig aber sind sie ganz formlos; doch ist in der Regel nur eine solche Form erforderlich, wodurch die Ernstlichkeit des Willens bekundet wird, und welche dessen Inhalt zur Verminderung von Rechtsstreitigkeiten sicherer bewahrt, nämlich die schriftliche Form. Hat die Erfüllung aber einmal stattgefunden, so kann dennoch wegen Mangels dieser Form der Vertrag nicht wieder aufgehoben werden. Der staatsrechtliche Charakter des preußischen Privatrechts macht sich aber nicht bloß in der innern Gestaltung der einzelnen Rechtslehren geltend, sondern tritt auch äußerlich und selbstständig für sich hervor. So zeigt er sich in der Theilnahme des Staats an der Verwaltung des Privatvermögens der Vaterlosen und der Wahnsinnigen, der Verschwender und der Ueberschuldeten; ferner in der Einrichtung des Hypothekenwesens, sowie in der eigenthümlichen Gerichtsordnung; dann in der Feststellung der Rechte und der Pflichten zwischen den Eheleuten und zwischen den Eltern und den Kindern; und endlich in der Aufhebung aller Privatstrafen und in der Annahme einer Verletzung des Staates selbst durch die Beleidigung eines seiner Bürger. Denn der Bürger

ist nicht bloß Privatperson, noch bloßes Mitglied einer Körperschaft oder einer Gemeinde, sondern ein lebendiger Theil des Staates, er ist Staatsbürger. So haben auch alle einzelnen Einrichtungen des Staates einen staatsrechtlichen Charakter, die Familie, die einzelnen Körperschaften, die weltlichen und die Kirchen-Gemeinden sind nothwendige Glieder des Staats, und stehen unter dessen Aufsicht.

Auf diese allgemeinen Andeutungen glauben wir uns hinsichtlich des preußischen Rechts beschränken zu können, weil es hier nur einer Erinnerung bedarf, um das Bewußtsein über das Bestehende hervorzurufen. Es bleibt uns demnach nur noch übrig, den allgemeinen Charakter des preußischen Rechts in der besondern Lehre vom Besitz darzulegen. Die Vorführung der praktischen Einzelheiten wird jedoch hier nicht am Orte sein, weil die Geschichte sich um diese nicht kümmert, da es ihr genügt, eine Rechtsidee bis zu deren letzten Gestaltung vorgeführt zu haben, und sie die vollständige Auseinanderlegung des Einzelnen dieser letzten Gestaltung der dogmatischen Darstellung überläßt.

Das unmittelbare Verhältniß einer Person zu einer Sache gilt den Römern schon deshalb für ein Rechtsverhältniß, welches die Besitzrechte zur Folge hat, weil dasselbe den Willen der Person bekundet, diese Sache für sich zu haben; aber im preußischen Recht genügt dieser Wille hierzu nicht. Dem Diebe und dem Räuber wird daher kein Besitz zuerkannt, obgleich durch ihre Innehabung der Sache hier zwar auch ein Rechtsverhältniß entsteht, jedoch nicht ein solches, welches Rechte herbeiführt, sondern welches die Pflichten des Inhabers erhöht. Im germanischen Recht wird der Besitz nur insofern als ein Rechtsverhältniß anerkannt, als die Sache sich im Schutzgebiet des Wehrhaften befindet, denn soweit ist ihm der Schutz derselben durch die Gemeinde übertragen. Im allgemeinen Landrecht ist es ein gleichzeitiger zwiefacher Wille, welcher jeg-

liches Rechtsverhältniß begründet, der allgemeine Wille (das Recht, das Gesetz) und der einzelne Wille; jeder für sich ist dazu ungenügend. Zur Erzeugung und Erhaltung des Besitzes namentlich ist daher weder der Wille des Einzelnen hinreichend, noch die gesetzliche Berechtigung für sich, beides muß zusammentreffen. Da aber die Unrechtmäßigkeit nicht vermuthet werden kann, so wird das dem unmittelbaren Verhältniß zum Grunde liegende Recht nicht untersucht, sondern dieses Verhältniß wird als Erscheinung des Rechts geschützt. Dies geschieht selbst dann, wenn der Besitz auf wirklichem Unrecht beruhen sollte, wenn also derselbe nicht die Erscheinung, sondern nur der Schein des Rechtes ist. Dieser Schutz aber wird in solchem Fall nur so lange gewährt, bis die Unredlichkeit oder gar die fehlerhafte Erwerbung des Besitzes (durch Gewalt oder Heimlichkeit) erwiesen ist. Im römischen Recht wurde kein Besitz angenommen, wenn man eine Sache nur für einen Andern inne hatte. Bei den Germanen wurde das Schutzverhältniß der Person zur Sache nur dadurch begründet, daß letztere ein im Schutz eines Wehrhaften befindliches Grundstück, oder eine auf dessen Schutzgebiet oder aber eine unter dessen unmittelbarem Schutz befindliche bewegliche Sache war. Nach dem allgemeinen Landrecht treten alle Wirkungen des Besitzes ein, wenn irgend ein Staatsbürger, er mag mit Grundstücken angesessen sein oder nicht, das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen, er habe nun die Absicht, dieselbe für sich oder für einen Andern zu bewahren; nur daß im letzteren Fall das Verhältniß Gewahrsam heißt, und damit an die Gewehre erinnert, die auch nur eine Innehabung Namens eines Andern, nämlich Namens der Gemeinde war.

Das römische Recht ließ bei Rechten im Allgemeinen keinen Besitz gelten, sondern nur bei einigen bevorzugten Rechten eine quasi-possessio, und im germanischen Recht finden

wir nur die Ausübung von Rechten an fremden Grundstücken als unvollkommene Gewehre. Das allgemeine Landrecht kennt einen Besitz sowohl an unbeweglichen und an beweglichen Sachen, als auch an Rechten. Wer ein Recht ausübt, ist Besitzer des Rechts, und wird in der Ausübung desselben geschützt.

Zur Erwerbung des Besitzes war nach römischen Recht die Redlichkeit nicht erforderlich, und im germanischen Recht konnte man den Besitz wider seinen Willen ohne richterliches Urtel gar nicht verlieren, mithin konnte er hier ebenfalls von einem Unredlichen nicht erworben werden. Im allgemeinen Landrecht ist ebenfalls zur Erwerbung des Besitzes die Redlichkeit ein nothwendiges Erforderniß. Ja dem unredlichen Besitzer d. i. demjenigen, welcher weiß, daß er aus keinem gültigen Rechtsgrunde besitze, wird auch derjenige gleichgestellt, welcher aus grobem oder mäßigem Versehen davon keine Kunde erhielt, und in der Regel steht ihm selbst der unrechtfertige Besitzer gleich d. i. derjenige, welcher die Unzulänglichkeit seines Titels nur aus Unkenntniß der Gesetze nicht erkennt.

Im römischen Recht, wo nur der mächtige Wille den Besitz bewahrte, ging derselbe in der Regel verloren mit dem Verluste der Gewahrsam; im germanischen Recht dagegen war eben im Fall der Entwehrung es an der Zeit, den der Sache zukommenden Schutz zu gewähren, der Besitz ging daher durch bloß faktische Entziehung derselben nicht verloren, und die Gewehre verblieb als *juristische* Gewehre. Aehnliches findet im allgemeinen Landrecht statt. Hier wo der Besitz nur die Erscheinung des Rechtes ist, geht derselbe ebenfalls nicht unter durch den bloßen Verlust der Gewahrsam, sondern lediglich durch den Verlust des Rechts. Letzteres aber kann entweder verloren werden durch den allgemeinen Willen, welcher sich ausspricht im Gesetz, im richterlichen Urtel, oder durch den Willen des Besitzers selbst, der aber sich kund ge-

ben muß in dem äußerlichen Aufgeben des bisherigen Verhältnisses.

Nicht in allen Lehren ist die Aufgabe des allgemeinen Landrechts, den allgemeinen Willen ohne Vernichtung des besonderen und einzelnen Willens herrschend zu machen, so glücklich gelöst, als in der Lehre vom Besitz; in manchen Lehren ist vielmehr durch den allgemeinen Willen der besondere zu sehr beschränkt, in andern wiederum dem besonderen Willen eine zu große Willkühr eingeräumt worden. Die Redactoren haben es nicht gewagt, überall das germanische Element in seiner Natürlichkeit zu vertilgen, weil sie ihre Zeit noch nicht für reif dazu erachteten. Ihnen selbst aber fehlte die Einsicht des Besseren nicht. Das geht hervor, um nur ein Beispiel anzuführen, aus einer Aeußerung von Suarez zum §. 511. (7. II.) A.L.R. Hiernach nämlich muß der Unterthan, der sich auswärts mit einer unterthänigen Stelle ansässig machen will, eine solche auf einem andern der Herrschaft zugehörenden Gute annehmen, wenn diese ihm eine dergleichen anweisen kann. Hierzu bemerkt nun Suarez in seinen amtlichen Vorträgen:

„Diese Sätze sind mir vom Anfange an äußerst hart und anstößig gewesen. Man wird sie inzwischen wohl stehen lassen müssen, da man eben nicht sagen kann, daß sie gegen bisherige positive Gesetze wären, vielmehr diese principia in einigen Provinzen z. E. in Schlesien und Preußen wirklich in usu sind, und die noch immer zu schwache Bevölkerung mancher Gegenden ihnen zu einem wenigstens scheinbaren Präterte dient."

Unserer Zeit ist es daher vorbehalten gewesen, diese Mängel des allgemeinen Landrechts nach und nach zu beseitigen, und den neuen Geist in Preußen immer mehr vordringen zu lassen. Derselbe hat sich in einer Reihe organischer Gesetze kund gegeben. Ihm verdanken wir die Aufhebung der persönlichen Gutsunterthänigkeit und des Zunftzwanges,

die Erleichterung der Ablösung der Dienste und der Lasten, die Verwandlung des Gemeindeeigenthums in Privateigenthum, die Einführung einer dem eigenthümlichen Leben der Gemeinden entsprechenderen Städteordnung, die Erklärung aller Unterthanen für waffenfähig und für fähig, Rittergüter zu erwerben.

Diese neuen Gesetze sind freilich derjenigen Partei ein Dorn im Auge, welcher schon das allgemeine Landrecht selbst bei seinem Erscheinem verhaßt war, nämlich der Partei, welche festhält an der objektiven Willkühr der Privilegien des Mittelalters, weil ihre subjektive Willkühr nur auf diesem Boden sich wohl befindet. Diese Partei eifert gegen alle diejenigen, welche dem in Preußen hervorgetretenen neuen Geiste huldigen, und nennt sie Revolutionäre, während sie doch selbst den Untergang ihres Vaterlandes herbeizuführen strebt, dadurch, daß sie dessen eigenstes Leben zu tödten sucht, um dasselbe zu verwandeln in einen Leichnam des Mittelalters. Würden ihre Anhänger doch, wenn sie ihren Zweck erreichten, die Würmer sein, welche sich mästen könnten an der Tafel der Verwesung. Sie haben auch bisher so geschickt manövrirt, daß bereits die katholische Kirche als eine selbstständige, dem Staate nicht untergebene Macht, diesem gegenüber aufzutreten versucht hat, daß evangelische Religionsgesellschaften ihr Vaterland verlassend sich vom Staate losgelöst haben, daß der Adel mehrerer Provinzen besondere Vorrechte für sich in Anspruch genommen hat, und daß ganze Provinzen in der Absonderung von dem allgemeinen Rechte des Staates beharren, oder gar eine besondere Nationalität geltend machen, während doch vor der Allgemeinheit des Staates jede Nationalität verschwinden müßte. Diesen Tendenzen aber droht Vernichtung von einer Seite her, von welcher solche bisher nicht geahnt wurde, nämlich von der Philosophie. Diese hat schon einmal die dem Staate gegenüber in der

Form der Demagogie sich aufspreizende Willkühr zu Boden geschlagen. Viel gefährlicher aber als der subjektive Wille Einzelner, die in abstrakter Weise und ohne eine organische Entwicklung abzuwarten, auf ungesetzlichem Wege das zu verwirklichen streben, was ihnen zweckmäßig und billig erscheint, viel gefährlicher als die Demagogie, ist das starre Festhalten an dem, was sich überlebt hat, das Streben nach Vorrechten, die nur eine Wurzel haben in der bereits begrabenen Vergangenheit, das Zurückschrauben der Gegenwart in das Mittelalter, die Reaction. Ihr gegenüber hat daher die Philosophie noch einmal ihre Macht zu bewähren, der Hyder der ungesetzlichen Opposition hat sie noch das andere feuerspeiende Haupt abzuschlagen, und ihr glühendes Eisen noch einmal in die offene Wunde zu stoßen, damit ein solches Haupt nicht wieder hervorwachse. Das Schwert und das glühende Eisen der Philosophie aber ist das Licht der Wissenschaft, welches die Welt beleuchtet, und deren Geist offenbar macht. Auf dem Gebiete der Wissenschaft ist demnach der Kampf der Zeit auszukämpfen. Um nun ihrem Todfeinde den Sieg streitig zu machen, sind die Männer der Reaction mit einem der Größe nach bei weitem überlegenen Heere auf dem Kampfplatze erschienen. Sie haben nämlich die Empirie zu trennen gewußt von der Philosophie, sie haben darauf derselben ihr Herzblut ausgesaugt, und dadurch ein eignes vampyrartiges Dasein gewonnen, und dann sind sie den Philosophen gegenüber zum Kampfe erschienen als Inhaber der positiven Wissenschaften. So werden sie so lange eine Existenz sich fristen, bis es der Philosophie gelingt, der Empirie neues Leben einzuhauchen, und die wieder erwachten positiven Wissenschaften zum Kampfe gegen jene Schatten zu führen.

Wie bei den homerischen Kämpfen, wo die Griechen und die Trojaner gegen einander blutige Streiche führten, die

letzte Entscheidung stets abhing von dem Beistande der mitkämpfenden Götter, so wird auch gegenwärtig der Kampf, der im praktischen Leben geführt wird, entschieden werden durch die mitkämpfende Wissenschaft, und auf der Seite, wo die Kraft des Geistes ist, da auch wird der endliche Sieg sein!

III.

Besondere Beurtheilung der v. Savigny'schen Abhandlung über das Recht des Besitzes mit Rücksicht auf Gans' Duplik: „Ueber die Grundlage des Besitzes."

> Der historische Jurist versucht es vergebens, mit seinem gesunden Verstande den Philosophen zu blenden und in Schreck zu setzen. Dieser wird sich nicht aus seinem Gebiet vertreiben lassen, und sich leicht eines Kämpfers erwehren, in welchem Kraft und Wille in so ungleichem Verhältniß stehen.
>
> Thibaut's Versuche Bd. I. S. 159.

Will man eine einzelne Rechtslehre darstellen, so kann dies entweder in historischer Weise geschehen, wie wir solches in dem vorhergehenden Abschnitt beispielsweise versucht haben, oder in dogmatischer Weise. Im ersten Falle kommt es besonders darauf an, dieselbe Idee in den verschiedenen Formen nachzuweisen, ohne Verfolgung derselben in alle Einzelnheiten, denn eine solche Behandlungsweise geht mehr aus vom Standpunkt der Theorie, und will der juristischen Praxis nicht unmittelbar in die Hände arbeiten. Sie liefert nur Vorarbeiten zur eigentlichen Rechtswissenschaft, und macht den Uebergang aus der Geschichte zu dieser. Eine dogmatische Abhandlung dagegen hat es zur Aufgabe, den Geist einer Rechtslehre im systematischen Zusammenhange so darzustellen, wie er in seiner letzten und vollkommensten Gestalt erschienen ist,

und hat sich über alle Einzelnheiten so zu verbreiten, daß auch für die praktische Anwenduug dieser Lehre jede Schwierigkeit hinweggeräumt wird.

Die historische und die dogmatische Methode können aber auch mit einander verbunden werden. In diesem Falle bringt es die Natur der Sache mit sich, daß der historische Theil nur zur Einleitung dienen darf, während das geltende Recht als Hauptsache behandelt werden muß, da diese Vereinigung beider Methoden in einem juristischen Werke keinen andern Zweck haben kann, als den Zusammenhang des geltenden Rechts mit den früheren Rechtszuständen nachzuweisen.

Wirft man nun einen auch nur oberflächlichen Blick auf das v. Savigny'sche Werk, so wird man sogleich zweifelhaft, ob eine historische oder eine dogmatische Abhandlung vorliege. Es wird darin nicht die heutige Gestalt der Lehre des Besitzes für sich abgehandelt, vielmehr mit dem rein römischen Recht begonnen, und hierauf erst werden die neuern Abänderungen desselben vorgetragen.

Dies aber geschieht wieder in einem ganz sonderbaren Verhältniß. Das Recht des Besitzes, wie solches bei den Römern sich vorfindet, ist auf **610** Seiten behandelt, und bis in die größten Einzelnheiten verfolgt, die Geschichte der Umgestaltung der Lehre vom Besitz in der nachrömischen Zeit dagegen beschränkt sich auf **44** Seiten, und läßt alle Einzelnheiten und praktischen Fragen außer Acht. Man kann daher nicht annehmen, daß die gemischte Methode habe zur Anwendung gebracht werdeu sollen, weil alsdann das römische Recht in seiner reinen Gestalt, nicht wie geschehen, Hauptsache geworden wäre. Man wird vielmehr zu der Annahme hingetrieben, v. Savigny habe zwar keine historische, sondern eine dogmatische Abhandlung lieferu mögen, solche aber nicht für die heutige Anwendung, sondern durch eine historische Fiktion, für die ehemaligen Römer schreiben, und in dem Anhang, welcher die neueren Modificationen enthält, nur

zeigen wollen, wie **römische** Juristen von ihrem Standpunkte aus, in unseren Verhältnissen die Lehre vom Besitz weiter ausgebildet haben würden. Wäre dies v. Savigny's Absicht, so müßte man einem solchen historischen Kunststück wohl eine bedingte Bewunderung zollen, indem man diese Abhandlung als eine wohlgelungene juristisch-antiquarische Arbeit betrachten dürfte. Er aber spricht sich selbst deutlich darüber aus, daß er etwas ganz anderes beabsichtigt habe. Er sagt nämlich S. 204.: „Der Begriff und die Rechte des Besitzes sind in dem Recht neuerer Zeit auf mancherlei Weise anders als bei den Römern bestimmt worden. Soll also eine Theorie des Besitzes auf **praktische Anwendung** Anspruch machen können, so muß sie den Ansichten des römischen Rechts die Modificationen hinzufügen, unter welchen jene Ansichten für uns praktische Gültigkeit haben".

Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß v. Savigny ein für die heutige Rechtspflege anwendbares Werk habe liefern wollen, und zwar für Länder, wo das gemeine Recht noch gilt. Von diesem Gesichtspunkt aus müssen wir dasselbe nun für gänzlich mißlungen halten, weil die juristische Praxis den größten Einfluß auf die Ausbildung dieser Lehre, wie des gemeinen Rechts überhaupt gehabt, v. Savigny aber auf diese fast gar keine Rücksicht genommen hat. Er hat nicht einmal die allgemeinsten Grundzüge einer Besitzlehre nach gemeinem Recht, wie viel weniger die praktischen Einzelheiten derselben gegeben. Allerdings hätte bei einer dogmatischen Abhandlung des Besitzes auch auf das römische Recht zurückgegangen werden müssen, aber nicht in seiner Absonderung vom heutigen Recht, sondern nur in so weit es selbst noch heutiges Recht ist. Die Behandlung der Lehre aus dem rein römischen Standpunkt, und der gleichzeitige Anspruch auf praktische Anwendbarkeit enthält in sich einen so herben Widerspruch, daß man bei Beurtheilung des Werkes in die peinlichste Lage geräth, weil man nicht weiß, ob man den Maaß-

stab des rein römischen, oder den des gemeinen Rechts anlegen soll d. h. ob man dasselbe nach dem beurtheilen soll, was es sein will, oder nach dem, was es ist. Durch diese Stellung des Werkes zu der heutigen Rechtswissenschaft ist es auch gekommen, daß die Lehre vom Besitz, statt durch dasselbe an Klarheit zu gewinnen, in vielen Hauptpunkten, über welche die gemeinrechtlichen Juristen vollkommen einig waren, nun erst recht streitig geworden ist.

v. Savigny beginnt sein Werk mit einer Einleitung, in welcher er zunächst die römischen Rechtsquellen aufführt, welche sich auf die Lehre vom Besitz beziehen, — die Quellen des germanischen oder kanonischen Rechts übergeht ganz — sodann giebt er die diese Lehre betreffende Literatur an, mit kurzen Bemerkungen über die einzelnen Werke. Er sondert die Bearbeiter nicht unzweckmäßig in Interpreten und Systematiker. Ganz vorzügliches Lob spendet er der Darstellung des Besitzes von Hugo Donellus in dessen Commentaren, welcher er für die besseren Theile seines Werkes nicht wenig verdankt. Höchst sonderbar klingt in seinem Munde das Urtheil, das er über Cuperi observationes fällt. Er sagt nämlich, diese Schrift sei aus einem überaus gründlichen Quellenstudium hervorgegangen, und könne mit Wahrheit elegant genannt werden; aber bei aller dieser Vortrefflichkeit seien es doch nur einzelne Bemerkungen, die als eigentliches Resultat derselben betrachtet werden können — ein Umstand, der nur aus dem gänzlichen Mangel an systematischem Talent zu erklären sei. Thibaut hat im Jahre 1804 die Aufmerksamkeit des juristischen Publikums auf diesen Schriftsteller wieder gelenkt, indem er eine neue Ausgabe jener Schrift veranstaltet, und dessen Ansichten über possessio naturalis und civilis gegen v. Savigny's Behauptungen hervorgehoben hat, und dieser selbst nennt Thibaut's Bemerkungen „eine sehr interessante Berichtigung seiner Darstellung dieser Begriffe.“ Ueber die seit 1810 erschienenen Schriften

hat v. Savigny sich jedes allgemeinen Urtheils enthalten, hinsichtlich einzelner abweichender Meinungen aber hat er auf den besondern Inhalt seines Werkes verwiesen.

Hier wird nun im ersten Abschnitt

der Begriff des Besitzes

abgehandelt.

Die v. Savigny'sche Ansicht darüber, was der Besitz sei, und welche Stellung ihm im Systeme gebühre, war bereits im Jahre 1827 von Gans angegriffen worden. v. Savigny hatte diesen in der 5ten Auflage seines „Besitzes" in einer kleinen Anmerkung abzufertigen gesucht, dagegen aber hatten mehrere andere Rechtslehrer sich wider denselben erhoben, und v. Savigny mehr oder weniger zu vertheidigen unternommen. In der vorliegenden 6ten Auflage seines „Besitzes" S. 46. hat v. Savigny nun die Gans'sche Auffassung des Besitzes einer Beurtheilung unterworfen. In Folge dessen fand Gans sich veranlaßt, eine besondere Schrift „Ueber die Grundlage des Besitzes" ans Licht treten zu lassen. Dieselbe enthält eine erneuerte Prüfung der Ansicht v. Savigny's und der von ihm und von andern Rechtslehrern zu deren Unterstützung vorgebrachten neuen Gründe. Gans entwickelt aber auch seine eigene Ansicht weitläufiger als früher, und widerlegt die Einwendungen seiner Gegner.

Es würde uns schwerlich gelingen, die v. Savigny'sche Ansicht vom Wesen des Besitzes auf eine gründlichere und eine lebenvollere Weise zu widerlegen, als dies von Gans in der gedachten Schrift geschehen ist. Wir können daher nichts Besseres thun, als zunächst ihn für uns sprechen zu lassen.

Aehnlich, wie Wieland seinen Oberon beginnt:

Noch einmal sattelt mir den Hippogryphen, ihr Musen,
Zum Ritt in's alte romantische Land!

ruft Gans aus:

„So sei denn für einen der wichtigsten Begriffe des Civilrechts das Schwert gezogen!" indem er den alten Kampf

der philosophischen Rechts-Schule mit der philologisch-antiquarischen noch einmal, und leider! zum letzten Mal aufnimmt. „Als Herr v. Savigny," sagt er, „nach sechzehn Jahren, von meinem ersten Angriffe an gerechnet, einige abfertigende Worte über meine Ansicht, immer wohl noch als Gunst, daß sie überhaupt gesagt wurden, ausgehen ließ, beachtete ich zuerst die Widerlegung kaum. Sie kam mir so dünn und wenig zutreffend vor, daß ich mich auch unter dem Schatten dieses Tadels recht behaglich hätte niederlassen können. Wenn auch auf die allereigenthümlichste Weise die Pfeiler und die alte Grundlage seiner Besitzeslehre unangetastet geblieben waren, so hatte sich doch Herr v. Savigny von dem Boden des Besitzes als präsumtiven Eigenthums förmlich zurückgezogen, und in einer Note seinen Abmarsch, freilich nicht woher er motivirt sei, gestanden. Da die ganze Widerlegung übrigens rein objektiv gehalten war, so darf wohl um so weniger hier eine Entschuldigung stehen, daß ich nach einem Jahre erst antworte, als ich nicht minder die Verbindlichkeit übernehme, vollkommen in die Sache versenkt, mich jeder persönlichen Polemik zu enthalten." (S. 5.)

Nachdem Gans so als ehrlicher Kämpfer die Waffen bestimmt hat, schwingt er das blitzende Schwert, das seine Gegner schon für verrostet verschrieen hatten. Er schwingt es, und thut sofort einen Haupthieb, indem er die kritische Manier v. Savigny's aufdeckt.

„Wenn," sagt er, „jemand glaubt in der Bekämpfung desselben mit einem regelmäßigen Feinde zu thun zu haben, der Schritt vor Schritt folgt, um logisch den Ausführungen des Gegners seine Ausführungen entgegenzusetzen, so wird er sich sehr irren. Der Kampf geschieht zunächst auf einem Boden, dessen Thonart man eigentlich nie kennen lernt. Es wird eine Annahme gemacht, freilich im Anfange hypothetisch, denn hier würde man nichts anderes zugeben. Mit der Länge der Entwickelung ändert sich aber die Natur der Hypothese, und einige Seiten später ist man ganz erstaunt, wenn man

zusieht, wie schön die hypothetische Raupe zum thetischsten Schmetterling herausgeflogen ist. Was früher Vermuthung war, wird jetzt feste Substanz, wirksames Erklärungsmittel: man beruft sich darauf, wie auf einen alten längst bewährten Bekannten. Es hat also die Antikritik immer ein Geschäft mehr, die hereingeschmuggelten Hypothesen, die ganz anständig in Thesenkleidungen einhergehen, wieder herauszuwerfen, und nach ihren Einlaßkarten zu fragen. Wie mit der Promotion dieser Hypothesen zu festen Satzungen, geht es uns mit den Folgerungen, mit den „also's", „in der That". Man kann fragen und wir dürften oft zu fragen haben: mit welchem Recht steht dieses „also" hier? Ja wir werden uns zu zeigen bemühen, daß solche Hülfmittel eigentlich nur gebraucht worden sind, um gar nicht zu antworten. Eine andere Weise und Eigenthümlichkeit der Savigny'schen Kritik ist die Verwechselung des philosophischen Begriffs des Besitzes, und dessen, was man etwa aus dem römischen Recht dazu sagen könnte: sie spielt mit beiden, wie mit zwei Wechselbälgen." (S. 5—6.)

Hierauf dringt Gans mit tapferer Waffe auf seinen Gegner ein, und schlägt die v. Savigny'sche Ansicht über den Besitz zu Boden.

„Herr v. Savigny geht," sagt er, „wahrscheinlich dadurch, daß das römische Recht von einem factum possessionis spricht, davon aus, daß der Besitz oder die Detention der natürliche Zustand sei, welcher dem Eigenthum als einem rechtlichen gegenüberstehe. Alles, was die Gesetze darüber zu bestimmen hätten, löste sich also eigentlich in folgende Sätze auf: der Eigenthümer hat das Recht zu besitzen: dasselbe Recht hat der, welchem der Eigenthümer den Besitz verstattet: jeder Andere hat dieses Recht nicht."

„Trotz dem findet man aber nicht allein im römischen Rechte, sondern in jedem civilisirten Rechte überhaupt mit dem bloßen Besitz, er mag ein unmittelbar übertragener und gestatteter, oder ein unrechtlicher und willkührlicher sein, Schutz-

mittel verbunden, die zuvörderst keine Rücksicht darauf nehmen, von welcher Natur er sei, sondern nur darauf sehen, ob er Besitz ist."

„Der Besitz hat also Rechte, und ist nicht blos ein natürlicher Zustand, welcher nicht zugleich auch ein Rechtsverhältniß enthalten könnte. Man kommt also in einige Verlegenheit, indem man nun zu erklären hat, wie so denn nun der Besitz, welcher ein natürlicher Zustand ist, zu Rechten gelangen kann."

„Hier muß sich Herr v. Savigny eine Schwenkung geben. Wer blos den Besitz der Sache hat, hat eigentlich noch gar kein Recht, und die Störung desselben ist keine Rechtsverletzung. Aber, wenn nun die Störung des Besitzes gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist, und dieses Unrecht ist es, was durch ein Interdikt aufgehoben werden soll." (S. 9—10.)

„Meine Kritik gegen diese Begriffslehre des Besitzes geht ganz einfach von der allgemeinen Bemerkung aus, daß es im Gebiete des Rechtes überhaupt gar nichts Faktisches gebe, das nicht zugleich in sich eine rechtliche Ader habe. Alle Rechtsbegriffe sind allerdings Facta: ich besitze, ich habe Eigenthum, ich heirathe, ich erbe. Dies sind Facta, aber in ihnen ist eine Beziehung, der man den Namen einer rechtlichen nicht absprechen kann. Daß diese verschiedenen Stadien und Stufen des Rechtsbegriffes in dem Verhältniß zu einander stehen, daß die höheren eine rechtlichere Densität gegen die unteren besitzen, giebt noch kein Recht von den unteren zu sagen: sie seien Facta." (S. 14.)

„Würden wir aber einmal einen Augenblick zugeben, der Besitz sei ursprünglich ein Factum, so dürfte die große Verwunderung entstehen, wie, ich sage nicht dieses Factum, sondern ein Factum überhaupt zum Rechte sich heraufschwingen kann. Hat es in sich die Kraft und Natur ein Recht

zu werden, so hat es auch von alten Zeiten her und immerfort diese rechtliche Bedeutung in sich gehabt; Herr v. Savigny wäre ohne alle Bezweiflung der größte Rechtskünstler überhaupt, wenn er diese Beseligung des Facti zu einem Rechte eintreten lassen könnte."

„Aber folgen wir jetzt diesem Verpuppungsproceß des Facti zu einem Rechte. Höchstens wäre dies doch so zu verstehen, daß das Factum, hier der Besitz, in sich selber die Kraft empfände, sich zu einem Rechte zu entwickeln. Aber das geht nicht, denn sonst müßte Herr v. Savigny zugeben, daß es schon Rechtsmomente in sich selber habe. Die Verwandlung muß also von außen kommen, und das Factum des Besitzes bei seiner Metamorphose ganz still zusehen. Das thut es denn auch, es rückt und rührt sich nicht. Die Störung des Besitzes soll eigentlich keine Rechtsverletzung sein, wenn aber diese Störung gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist, und dieses Unrecht ist es, was durch ein Interdict aufgehoben werden soll. Dagegen muß bemerkt werden, und es wird nie davon abgelassen werden können, daß eine gewaltsame Rechtsverletzung nur eine formell erhöhte simple Rechtsverletzung ist, daß Gewalt nur Unrecht ist, und wo kein Unrecht ist, auch keine Gewalt sein kann. Herr v. Savigny muß sich also bei der gewaltsamen Verletzung nicht die des Besitzes, denn hier hat er eben zugegeben, daß dieser nicht verletzt wird, sondern die der Person denken, eine die Besitzverletzung concomitirende Injurie, die wesentlich real sein würde. Daß diese Injurien nun gerächt werden müssen, versteht sich von selbst; wie aber, wenn sie sich gar nicht vorfanden? wie aber, wenn einem abwesenden Besitzer eine Sache genommen und occupirt wurde, wo ist hier die Injurie, wo die gewaltsame Verletzung eines Rechts neben dem Besitz? Oder würde Herr v. Savigny vielleicht behaupten wollen, jede Verletzung eines Rechtes sei im weiten Sinne des

römischen Rechts Injurie, so würde ich dagegen eben zu sagen haben, dann sei das Recht des Besitzes ja vorausgesetzt, was hier aber geleugnet wird."

„Also, wenn die Rechtsverletzung dem Besitze nicht aufhelfen kann, so kommt man mit der gewaltsamen Rechtsverletzung nicht weiter, und wenn die Störung des Besitzes, der kein Recht ist, nichts bedeutet, so kommt die Auxiliarmee der Injurie auch zu spät, weil Störungen des Besitzes eben ohne alle Injurie vor sich gehen können, und dann nicht minder einen Schutz empfangen."

„Schon früher ist von mir die Grundfalschheit dieser Ansicht eben darin gesucht worden, daß es unmöglich ist auf dem Wege eines Unrechts, selbst wenn die Gewalt, in diesem Felde Gewalt oder Unrecht wäre, zu einem Rechte zu gelangen. Der Besitzer wäre der erste, der eine Veranlassung hätte, seinen Störer dafür zu preisen, daß er aus einem Nichtberechtigten zu einem Rechtsurheber promovirt würde, dann ist aber kein Grund vorhanden, warum er den Störer zurückweisen sollte, der ihm so nützlich ist. Wenn wir auch davon absehen wollten, daß niemals ein Unrecht ohne die Voraussetzung des Rechts, das es eben aufhebt, besteht, so kann doch niemals die Metamorphose von der Stärke sein, daß es statt ein Recht aufzuheben, eines begründet." (S. 15—17.)

Die vorliegende Streitfrage, ob der Besitz ein Factum oder ein Recht sei, würde wohl den ihr beigelegten anmaßlichen Namen der „unsterblichen Controverse" nicht erlangt, und sich in ihr Nichts aufgelöst haben, wenn man diese Frage selbst näher untersucht, und zunächst gefragt hätte, was ein Recht überhaupt sei?

Man würde alsdann zu der einfachen Antwort gekommen sein, daß ein Recht eine solche Befugniß sei, die sich auf irgend ein besonderes Rechtsverhältniß gründe; man würde das Recht nur als eine Folge eines bestimmten Rechtsverhältnisses erkannt haben. Die Person steht nämlich

zur Sache, so wie zu andern Personen, in den mannigfaltigsten Rechtsverhältnissen, welche sowohl Rechte als Pflichten zur Folge haben. Dergleichen Rechtsverhältnisse sind die des Besitzes, des Eigenthums, des Vertrages, der Ehe, der Familie, der Körperschaft, der Gemeinde, des Staates. Man könnte also die unsterblichen Controversen vermehren und fragen, ist das Eigenthum, der Vertrag, die Ehe, die Familie, die Körperschaft, die Gemeinde, der Staat ein Faktum oder ein Recht?

Die Frage muß demnach so gestellt werden: Ist der Besitz ein Rechtsverhältniß oder etwas blos Thatsächliches? Hierauf ist zu antworten:

Jedes Verhältniß, dessen Grundlage der auf die Gesetze bezogene Wille ist, gilt als Rechtsverhältniß, mithin ist auch der Besitz ein solches.

Denn der Besitz ist das unmittelbare Verhältniß des Willens der Person zur Sache.

Bei den Römern war nun der natürliche Wille, die Willkühr schon an sich, sofern sie sich als Macht erwies, nicht widerrechtlich, also gesetzlich geschützt und Rechte erzeugend. Bei den Römern nahm daher der Besitz eine besondere Gestalt an, wonach er das Verhältniß der mächtigen Willkühr der Person über die Sache war.

Im preußischen Recht dagegen, wo der natürliche Wille ausgeschlossen, und nur der freie, oder der gerechte Wille anerkannt ist, ist der Besitz das unmittelbare Verhältniß des freien, des gerechten Willens der Person zur Sache. Auch das Verhältniß der Willkühr zur Sache ist hier ein Rechtsverhältniß, dieses aber erzeugt nicht Rechte, sondern nur Pflichten.

Der Besitz ist somit das unvermittelte Eigenthum, oder das Eigenthum, abgesehen von seiner Vermittlung, das Eigenthum seiner Erscheinung nach. Darum kann der Besitz auch ebenso gut dem Eigenthum gegenüber als Erscheinung des Eigenthums bezeichnet werden, die dann entweder wirkliche Erscheinung desselben ist, oder nur dessen Schein. Dieser

Schein kann aber wiederum in dem Sinne die Erscheinung des Eigenthums sein, daß es erst als werdendes, als anfangendes Eigenthum betrachtet wird.

Bei den Römern war der Besitz, als solcher, schon anfangendes Eigenthum, weil die mächtige Willkühr selbst als berechtigt angesehen wurde, weshalb auch der Dieb und der Räuber durch possessorische Rechtsmittel selbst gegen die gewaltsame Entsetzung Seitens des Eigenthümers geschützt wurden, und demselben nur zu weichen hatten, wenn dieser in einem petitorischen Rechtsstreit sein vollendetes Eigenthum, oder wenigstens sein besseres Recht nachwies. Durch den Besitz während der längsten Verjährungszeit aber erhielten der Dieb und der Räuber sogar in diesem Fall die Wohlthat eines Einwandes, womit sie selbst den Eigenthümer zurückweisen konnten.

Nach preußischem Recht kann dagegen nur der rechtliche (titulirte) und der redliche Besitz als anfangendes Eigenthum angesehen werden, denn nur solcher genießt des gesetzlichen Schutzes,

§. 14. (31. I.) A.G.O.

und wird durch Ablauf der Verjährungszeit wirkliches Eigenthum.

§. 579. 625. (9. I.) A.L.R.

Ja, der fehlerhafte Besitz d. i. der gewaltsam, heimlich oder durch bloße Gefälligkeit erworbene, ist gar kein Besitz im rechtlichen Sinne, sondern nur Gewahrsam,

§. 96—108. 112 und 122. (7. I.) A.L.R.

womit jedes Innehaben für einen Andern, oder um in dessen Namen zu verfügen, bezeichnet wird.

§. 2. a. a. O.

Diese Auffassung des preußischen d. i. des gerechten Rechts, ist auch die absolut richtige. Auf diesem Standpunkt steht daher auch Hegel, wenn er im §. 45. seiner Philosophie des Rechts sagt: Daß Ich etwas in meiner selbst äußeren Gewalt habe, macht den Besitz aus, so wie die besondere Seite,

daß Ich Etwas aus natürlichem Bedürfnisse, Triebe und der Willkühr zu dem Meinigen mache, das besondere Interesse des Besitzes ist.

Die Seite aber, daß Ich als freier Wille mir im Besitze gegenständlich und hiermit auch erst wirklicher Wille bin, macht das Wahrhafte und Rechtliche darin, die Bestimmung des Eigenthums aus.

Das römische Recht, welches den absoluten Begriff des Rechts überhaupt und den des Besitzes insbesondere noch nicht gefaßt hat, nennt possessio jedes Innehaben einer Sache mit dem Willen, solche für sich zu haben, und nur das Innehaben für einen Andern sondert es ab als detentio. Auf diesem Standpunkt des römischen Rechts steht auch Gans noch, und hat von diesem aus v. Savigny gegenüber vollkommen Recht, wenn er den Begriff des Besitzes a. a. O. so festzustellen sucht:

„Alles Eigenthumsrecht liegt darin, daß sich die Person ausschließlich in der Realität Recht giebt. Nun kann der Wille der Person, mit dem sie die Sache hat, bloß ihr besonderer oder auch allgemein anerkannter Wille sein: sie kann die Sache haben, weil sie die Sache haben will, oder sie kann sie mit allgemeiner Anerkennung haben wollen. Findet dieses Geben bloß nach der Seite des besonderen Willens statt, so ist dieses ein bloß anfangendes, unmittelbares Eigenthum oder Besitz, ist dagegen die Allgemeinheit, d. h. die Berechtigung dieses Besitzes vorhanden, so wird es wirkliches Eigenthum. Daß aber schon der besondere, wenn auch noch so unrechtliche Wille geschützt wird, liegt darin, daß der Wille schon an sich ein Substantielles, zu Schützendes ist, und daß dieser besondere Wille nur dem höheren Allgemeinen zu weichen hat.“ (S. 19.)

„Fragt also nun Herr v. Savigny, warum der besondere vielleicht noch so unrechtliche Wille, ein Substantielles, zu Schützendes sei, so ist die Antwort und respective Recht-

fertigung die, daß der Wille überhaupt der positive Boden und die Möglichkeit alles Rechts ist, daß, so wie er auftritt und anfängt, schon eine Rechtssubstanz beginnt, daß wenn der Wille als solcher nicht geschützt würde, auch keine Nothwendigkeit vorhanden wäre, die weiteren, wie Savigny meint, allein rechtlichen Aeußerungen desselben zu schützen, und daß der Schutz dieses blanken Willens überall gefordert ist, wo ihm nicht ein Wille von größerer Densität gegenübertritt." (S. 57.)

Nachdem Gans aus dem Kampfe mit v. Savigny siegreich hervorgegangen ist, nimmt er die Kriegsgenossen desselben, die Nebenschriftsteller und Mithistoriker, wie er sie nennt, vor, und schlägt sich mit einem nach dem andern auf die jedem angemessene Weise. Der Zweikampf mit Puchta, Huschke und Bethmann-Hollweg ist besonders ergötzlich. Gans ist ein so gewandter Fechter, daß er mit diesen Gegnern fast nur zu spielen scheint; er thut keine Krafthiebe, sondern giebt ihnen, so oft sie ausfallen, nur einen kleinen Hieb auf die Finger. Mit schmerzlicher Gebehrde lassen sie das Schwert fallen, und machen sich aus dem Staube.

Was Gans, ungeachtet dieses Sieges, von seinen Gegnern erwartete, hat er am Schluß seiner Schrift mit folgenden prophetischen Worten ausgesprochen:

„Trotz dem haben wir nicht die Anmaßung zu glauben, daß unsere jetzige Ausführung die entgegengesetzte Ansicht in den Köpfen ihrer enschiedenen Anhänger im Geringsten verdrängen wird. Nach vielen Jahren wird man, ich weiß nicht in der wievielten Ausgabe des Savigny'schen Buches lesen:

„„Da der Besitz an sich kein Rechtsverhältniß ist, so ist auch die Störung desselben an sich keine Rechtsverletzung, und sie kann es nur dadurch werden, daß sie ein anderes Recht zugleich mit verletzt.""

Bevor wir jedoch von der Gans'schen Schrift völlig Abschied nehmen, um v. Savigny mit eigenen Waffen zu

bekämpfen, lassen wir Gans noch einmal in Beziehung auf einen hier einschlagenden Punkt für uns auftreten. Er sagt nämlich a. a. O. S. 17. und folg.:

„Ganz mit dieser Frage nach der Grundlage des Besitzes ist die andere nothwendig verbunden, welche Stelle der Besitz im Systeme einnehme? Herr v. Savigny behauptet: „„Insofern der Besitz die Usucapion möglich macht, läßt sich diese Frage gar nicht denken. Niemand fällt es ein zu fragen, zu welcher Art von Rechten die justa causa gehöre, ohne welche die Tradition kein Eigenthum übertragen kann. Sie ist gar kein Recht, aber sie ist ein Theil der ganzen Handlung, wodurch Eigenthum erworben wird. So auch der Besitz in Beziehung auf Usucapion."" Hier müssen wir leider Herrn v. Savigny geradezu entgegentreten. Die Usucapion ist der Weg und die Art und Weise, wie der Besitz sich zum Eigenthum erhebt; sie bildet die Zusammenhangskette zwischen Besitz und Eigenthum. Den Besitz nicht an diesem Zusammenhang ergreifen, also nicht an dem, was eigentlich sein weiterer Fortgang in einer anderen Lehre ist, heißt freilich das aufgeben, wodurch er erkennbar und faßbar wäre. Classificirt man ihn nicht nach seiner Usucapionsbedeutung, so hat man allerdings den Vortheil, dieselbe los zu sein, man wird weniger darauf gestoßen, das Reale und Objektive im Besitz anzuerkennen, und braucht sich bloß mit den Klagen zu beschäftigen, welche den Besitz schützen. Aber darum kann doch die Hauptbedeutung des Besitzes, welche die ist, aus sich heraus Eigenthum zu werden, nicht übersehen werden. Mit der justa causa bei der Tradition kann aber die Usucapion beim Besitze gar nicht verglichen werden, denn die justa causa ist ein Grund, aus dem die Tradition hervorsteigt, die Usucapion aber eine Wirkung, welche der Besitz hat."

„Herr v. Savigny beschäftigt sich aber bei der Classification des Besitzes, lediglich mit den Interdicten, und weil diese ins Obligationenrecht, und namentlich in die obliga-

tiones ex maleficiis gehören, so kommt der Besitz, dieses anfänglichste und unschuldigste Recht dazu, durch die zufällige Stellung seiner schützenden Klagen ein Delict zu sein, oder doch durch ein verhängnißvolles Unglück zu den Delicten geschleudert zu werden. Da wir hier nicht damit beschäftigt sind, uns mit römisch-rechtlicher Kritik dieser Stellung abzugeben, so dürfen wir bloß dagegen anführen, daß das System eines Rechts überhaupt eine vernünftige Auffassung voraussetzt: wenn ich sage, ich will diese oder jene Sache systematisiren, so heißt dies, ich will diese oder jene Sache nach ihrer Vernunft aufstellen. Die neueren Systeme des römischen Rechts sollen nicht Anordnungen sein, die das römische Recht selbst hat, sondern sie sollen das römische Recht nach unserer Vernuft classificiren. Nun aber bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß der Zusammenhang, in welchen der Besitz mit den Delicten gesetzt ist, im Resultate so komisch ist, daß man seiner Wirkung entgegentritt, wenn man ihn analysirt und widerlegt. Ein so vortrefflicher Witz muß nicht explicirt werden."

Welche Stellung im System dem Besitz nach unserer Ansicht gebühre, ergiebt sich aus dem dargelegten Begriff des Besitzes. Das Eigenthum ist die Grundlage des abstrakten Vermögensrechts, der Besitz aber der Anfang desselben, und damit das zur Erscheinung kommende Eigenthum, und, seiner Aeußerlichkeit nach, die Erscheinung des Eigenthums. Der Besitz steht daher an der Spitze des abstrakten Rechts, und da er mit der Zeit selbst Eigenthum wird, macht er, als ersitzende Verjährung, den Uebergang zur Lehre vom Eigenthum. Diesen in der Sache selbst begründeten Gang hat auch Hegel in seiner Rechtsphilosophie beobachtet.

v. Savigny sucht, wie wir bereits gesehen haben, die Systematisirung des Besitzes nicht aus dessen Begriff herzuleiten, sondern aus den Folgen desselben. Bei dem Worte „Fol-

gen" finden wir daher gleich hier die eigenthümlichen Wirkungen des Besitzes abgehandelt.

„Zuerst muß," sagt v. Savigny S. 5., „im System des römischen Privatrechts selbst die Stelle aufgesucht werden, welche dem Besitz, als einem rechtlichen Verhältniß, in diesem System zukommt. Demnach (in diesem demnach liegt die ganze Logik v. Savigny's ausgesprochen) müssen die Rechte angegeben werden, welche das römische Recht als Folge des Besitzes anerkennt; zugleich sind auch die Rechte zu prüfen, welche ohne Grund für Rechte des Besitzes ausgegeben werden."

Hätte v. Savigny sich an seine eigene Ansicht vom Besitz, als etwas nicht Rechtliches, gehalten, so hätte er folgerecht dahin kommen müssen, daß der Besitz gar keine rechtliche Folgen habe, weil Rechte nie die Wirkung einer Thatsache sein können. In der That aber erscheinen auch, nach seiner Darstellung, die nach ihm im römischen Recht sich allein vorfindenden beiden Folgen des Besitzes, nämlich Usucapion und Interdicte, als rein positive Institute, welche mit dem Besitz in durchaus keinem inneren Zusammenhange stehen. Denn zur Rechtfertigung der Usucapion führt er (S. 6.) die ganz willkührlich erscheinende Regel der 12 Tafeln an:

„wer eine Sache ein oder zwei Jahre besitzt, wird Eigenthümer dieser Sache."

Zur Rechtfertigung der Interdicte sagt er (S. 8.):

„sie setzen eine Handlung voraus, die schon durch ihre Form unrechtlich ist."

Es wird demnach nicht angenommen, daß die Interdicte gegeben werden wegen Verletzung des Besitzes, sondern wegen der unrechtlichen Form, in der er verletzt worden; die Verletzung des Besitzes an sich ist demnach, nach v. Savigny, nicht verboten.

Trotz dieser auf den Besitz selbst gar keinen Bezug habenden Begründung der Usucapion und der Interdicte ermangelt v. Savigny (S. 11.) nicht, folgenden überraschenden Schluß zu ziehen:

„Usucapion also und Interdicte setzen den Besitz als Bedingung voraus.“

Können wir da nicht wieder mit Gans fragen: mit welchem Recht steht dieses „also“ hier? Ließen sich nicht mit gleichem „also“ alle Rechte des Rechtssystems als Wirkungen des Besitzes aufführen?

Faßt man hingegen den Begriff des Besitzes richtig auf, so ergiebt sich auch alsbald die Nothwendigkeit des Schutzes desselben. Das unmittelbare Verhältniß der Person zur Sache nämlich ist ein Rechtsverhältniß, und muß als solches, selbst dem besseren Rechte gegenüber, geschützt werden, wenn dieses nicht sofort ausgemittelt werden kann. Dies geschieht durch die Interdicte.

Gründet dieses unmittelbare Verhältniß sich auf Willkühr, so schadet solches im römischen Recht nichts, im preußischen Recht dagegen wird der Schutz nur so lange gewährt, bis dies ermittelt ist.

Ebenso geht aus dem Begriff des Besitzes die Vernünftigkeit der Verjährung hervor.

Der Besitz, als die hervortretende Macht der Person über die Sache, ist zugleich das Mittel, das Eigenthum zu verwirklichen, es zur Erscheinung, zur Offenkundigkeit und zur allgemeinen Anerkennung zu bringen. Der Wille für sich, Eigenthümer einer herrenlosen Sache zu werden, genügt nicht, es muß die Occupation, die Besitznahme hinzutreten. Ebenso wenig genügt der übereinstimmende Wille des früheren Eigenthümers der Sache mit demjenigen, welcher das Eigenthum derselben erwerben will, es muß die Tradition, die Uebertragung des Besitzes, die Uebergabe hinzukommen. Der Besitz ist demnach Erwerbungsart des Eigenthums. Wie das Eigen-

thum aber durch Besitz erworben wird, so kann es andererseits auch durch Besitz verloren werden. Auch hier muß jedoch, wie bei der Erwerbung zweierlei zusammentreffen, ein inneres Moment und ein äußeres, der Wille und das Aufhören der Gewahrsam d. i. der äußeren Herrschaft über die Sache. Der Wille aber kann entweder ein ausdrücklicher oder ein stillschweigender sein. Im letzteren Falle wird aus gewissen Handlungen oder Unterlassungen auf den Willen geschlossen. Hat nun ein Nicht-Eigenthümer eine lange Zeit hindurch eine fremde Sache in seiner Gewahrsam gehabt, und damit öffentlich kund gegeben, daß er sich für den Eigenthümer halte, und der wahre Eigenthümer hat trotz dem sein Recht daran nicht geltend gemacht, so hat er stillschweigend dasselbe aufgegeben, der anfängliche bloße Besitzer ist durch Verjährung Eigenthümer geworden.

Hegel drückt dies im §. 64. seiner Rechtsphilosophie so aus:

„Diese (subjective) Gegenwart (des Willens) aber, die der Gebrauch, die Benutzung oder sonstiges Aeußern des Willens ist, fällt in die Zeit, in Rücksicht welcher die Objektivität die Fortdauer dieses Aeußerns ist. Ohne diese wird die Sache, als von der Wirklichkeit des Willens und Besitzes verlassen, herrenlos; Ich verliere oder erwerbe daher Eigenthum durch Verjährung."

Wir haben so eben gesehen, daß der Besitz nicht bloß die Erwerbung des Eigenthums durch Verjährung bewirke, sondern, daß derselbe Bedingung der Erwerbung des Eigenthums überhaupt sei. Dennoch nimmt v. Savigny an, daß nur bei der Usucapion der Besitz die Erwerbung des Eigenthums herbeiführe. Er sagt nämlich S. 6.:

„Hier ist der bloße Besitz, unabhängig von allem Recht, Grund des Eigenthums selbst."

Dies ist jedoch nicht richtig: denn Eigenthum entsteht durch Verjährung nur insofern als ein Rechtsgrund vor-

handen ist, wenn gleich ein solcher, der an einem Mangel leidet, welcher die sofortige Erwerbung des Eigenthums verhindert. Auf einfachere Weise geschieht sogar die Erwerbung des Eigenthums an herrenlosen Sachen, nämlich vermöge der bloßen Willensäußerung durch Besitzergreifung, ohne allen weiteren Rechtsgrund.

Hiermit sind wir schon zur Widerlegung v. Savigny's fortgeschritten, welcher (S. 12.) die Erwerbung des Eigenthums bei der Occupation und der Tradition gegen die Meinung fast aller Rechtslehrer nicht als Folge der Besitzergreifung gelten lassen will.

Welchen Grund aber führt er nun für seine neue Meinung an? Er sagt S. 12.:

„In beiden Fällen ist zwar der Erwerb des Besitzes der eigentliche Grund des Eigenthums selbst d. h. das, was die neuern Juristen modus acquirendi nennen: allein der Besitz als eigner, dauernder Zustand, ist keineswegs der Grund dieses erworbenen Rechts, da er selbst erst im Augenblick anfängt, mit welchem das Eigenthum erworben ist."

Hierauf ist zu erwiedern, daß auch bei der Verjährung der Besitz allein nicht der Grund der Eigenthumserwerbung ist, sondern hauptsächlich der vorhergehende, wenn auch mangelhafte Titel. Die Verjährung unterscheidet sich daher von der Occupation und der Tradition nur dadurch, daß bei diesen Erwerbungsarten der vollständige Rechtsgrund dem Besitz vorhergeht, bei der Verjährung aber der mangelhafte Rechtsgrund durch die Dauer des Besitzes vervollständigt wird. Wollte man eine Erwerbungsart des Eigenthums, als lediglich Folge des Besitzes anführen, so wäre dies nicht die Verjährung, sondern die Accession. Hier wird durch die bloße Erlangung des Besitzes einer Nebensache das Eigenthum an derselben erworben.

Die publiciana actio und fructuum perceptio will v. Savigny S. 14. deshalb nicht zu den Folgen des Besitzes zählen, weil sie nur Wirkungen des Usucapionsbesitzes seien, und dieser schon als Eigenthum gelte. Auch hierin können wir demselben nicht beistimmen. Der Usucapionsbesitz hat allerdings Aehnlichkeit mit dem Eigenthum, er ist aber nur erst werdendes Eigenthum, er ist noch Besitz, und es bleibt immer die Möglichkeit der Eigenthumsklage, welche die Verwirklichung des Eigenthums hindert. Jene Rechte sind daher Wirkungen des Besitzes, wenn auch nur eines besonders geeigneten Besitzes.

Die Befreiung von der Beweislast kann nicht mit v. Savigny S. 15. als Folge der allgemeinen Proceßregel angesehen werden, daß der Beklagte vom Beweise frei sei. Denn einmal ist diese Regel überhaupt nicht richtig, und lautet vielmehr so: daß wer etwas zu seinem Vortheil behauptet, solches erweisen müsse, er sei nun Kläger oder Beklagter; sodann aber ist der Besitzer auch in dem Fall von der Beweislast frei, wenn er das Recht für sich in Anspruch nimmt. Man kann vielmehr umgekehrt sagen, derjenige, gegen welchen ein Anspruch geltend gemacht wird, wird als Besitzer behandelt d. h. er ist frei von der Beweislast. Deshalb gebrauchen auch die Römer die Worte: possessoris partes sustinere, in allen Fällen für die Befreiung von der Beweislast. Dies Alles ist auch im fr. 8. §. 3. D. si serv. vind. (8. 5.) ausdrücklich ausgesprochen. Denn es heißt daselbst:

Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat; sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait: si vero non sunt immissa, eum, qui negat.

Die Befreiung des Besitzers von der Beweislast ist aber wiederum nur eine Folge der Begünstigung des Besitzers im Proceß überhaupt; daher die Regel: in

pari causa conditio possidentis melior est. Aus gleichem Grunde ist der Besitzer gewöhnlich nicht schuldig, den Rechtsgrund seines Besitzes anzugeben.

Die Selbstvertheidigung will v. Savigny S. 17. unter den Folgen des Besitzes deshalb nicht mit aufführen, weil dieselbe in das Criminalrecht gehöre, und auch dem bloßen Detentor zustehe. Beide Gründe können wir jedoch nicht gelten lassen. Denn gehörte die Selbstvertheidigung auch in das Criminalrecht, so wäre sie darum nicht minder eine charakteristische Folge des Besitzes. In das Criminalrecht würde sie aber auch nur dann gehören, wenn sie etwas Straffälliges wäre, sie ist aber nichts weiter, als ein außergerichtliches Rechtsmittel des Privatrechts, und kann im Criminalrecht nur nebenbei als Ausnahme von dem Verbot, sich selbst Recht zu verschaffen, erwähnt werden. Das Zurückbehaltungsrecht, das Pfändungsrecht sind ähnliche Rechtsmittel, und müßten nicht minder in das Strafrecht verwiesen werden. Daß die Selbstvertheidigung nicht bloß dem juristischen Besitzer, sondern auch dem Detentor zustehe, ist erst durch v. Savigny, auf Grund einer sehr künstlichen Auslegung der const. 1. C. unde vi aufgestellt worden, während diese Verordnung klar das Gegentheil ausspricht. Die Selbstvertheidigung vertritt nur in außerordentlichen Fällen die Stelle des richterlichen Schutzes, es wäre daher auch sehr auffallend, wenn die Detentoren dieses stellvertretenden Rechtsmittels sich bedienen dürften, während die Interdikte ihnen nicht zustehen, also selbst der richterliche Schutz ihnen nicht gewährt ist.

Darin endlich stimmen wir mit v. Savigny überein, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht als charakterische Folge des juristischen Besitzes aufgeführt werden könne, weil solches auch dem Detentor zusteht. Dies giebt jedoch keinen Grund ab, darüber in der Lehre vom Besitz ganz zu schweigen. Vielmehr muß überhaupt bei der Darstellung der Folgen des

Besitzes unterschieden werden, in wie fern solche schon die bloße Detention mit sich führt, welche Wirkungen mit dem juristischen Besitz, und welche andere wiederum mit dem Usucapionsbesitz allein verbunden sind. Auch müssen diese Folgen nicht unordentlich durch einander vorgetragen, sondern Rechte und Rechtsmittel auseinander gehalten, und unter letzteren die gerichtlichen und die außergerichtlichen gesondert werden. Dadurch werden die Streitfragen über die Folgen des Besitzes schon fast von selbst schwinden.

Wir überlassen hiernach dem Leser zu beurtheilen, wie weit v. Savigny Recht hat, wenn er S. 19. sagt:

„Daß der Besitz als ein rechtliches Verhältniß nur allein auf Usucapion und Interdicte sich bezieht, ist bisher bewiesen worden."

Wenn er aber fortfährt:

„Dasselbe findet sich durch den Zusammenhang bestätigt, in welchem der Besitz bei den römischen Gesetzgebern und Juristen vorkommt."

und dies nun ausführt, und dadurch ebenfalls seine Behauptung begründen zu können glaubt, so rufen wir ihm die schon im Jahre 1804 (in der hallischen Literaturzeitung S. 324.) in dieser Beziehung ausgesprochenen Worte Thibaut's in's Gedächtniß zurück:

„Nach unserer Ueberzeugung verliert die Lehre vom Besitz ihren eigentlichen Geist, und erscheint in einem durchaus unfruchtbaren Gesichtspunkt, wenn man von dem trocknen Satz ausgeht: Usucapion und Interdicte sind die Wirkungen des Besitzes, und der Besitz erhält nur dadurch seine juristische Bedeutung. Daß die römischen Juristen die Lehre vom Besitz besonders in Beziehung auf Usucapion und Interdikte abgehandelt haben, räumen wir zwar ein, und halten es für sehr natürlich, weil in einem so mangelhaften, mit roher Hand angelegten Systeme die Hauptrücksichten,

welche specielle Erörterungen nöthig machen, entscheiden müssen. Allein wider den Standpunkt, welchen wir in einem vollendeten räsonnirenden Systeme annehmen sollen, beweist dies nichts, vielmehr muß in einem solchen dem Besitz im Wesentlichen eine ganz andere Bedeutung gegeben werden."

Im §. 7. kommt v. Savigny zur Bestimmung des Sprachgebrauchs der römischen Juristen.

Die Ansicht desselben über possessio überhaupt und über naturalis und civilis possessio, welche hier zunächst vorgetragen wird, ist stets vielen Anfechtungen ausgesetzt gewesen, und schon in der zweiten Auflage in Folge der Einwendungen Thibaut's verändert worden. Noch jetzt aber hat über diesen Punkt keine Einigung unter den Juristen Statt gefunden, derselbe bildet vielmehr eine der Hauptstreitfragen in der Lehre vom Besitz. Da diese jedoch mehr ein philologisch-antiquarisches, als ein praktisch-wissenschaftliches Interesse hat, es auch zu ihrer Aufklärung weitläuftiger exegetischer Erörterungen bedürfen würde, welche uns hier zu weit von der Hauptsache abführen möchten, so behalten wir solche einer besondern Abhandlung vor.

Nachdem v. Savigny im §. 8. noch die übrigen Eintheilungen des Besitzes besprochen, welche bei den römischen Juristen vorkommen, aber auch nach seiner Meinung für die Theorie des Besitzes ohne Bedeutung sind, nämlich die Eintheilung in possessio justa und injusta, so wie in bonae fidei und malae fidei possessio, und nachdem er demnächst auseinandergesetzt hat, in welchen Fällen possessio überhaupt etwas ganz Anderes bezeichnet, als den Besitz, wirft er im §. 9. die Frage auf:

„was gehört dazu, damit die juristische possessio angenommen werde? oder: welches sind die materiellen Bestimmungen ihres Begriffs?"

Mit andern Worten:

Welches ist die Gränze zwischen detentio und posessio?

v. Savigny, welcher sich bei Beantwortung dieser Frage an die römischen Rechtsquellen hält, wird durch diese auf das richtige Ergebniß geführt, daß das Wesen des Besitzes in dem animus possidendi liege, welcher nichts Anderes ist, als der animus sibi habendi, der animus domini, der Wille, eine Sache als sein eigen zu haben.

Hätte v. Savigny sich an diesen Begriff des Besitzes gehalten, so hätte er nicht dahin kommen können, denselben für eine Thatsache auszugeben. Er würde dann gefunden haben, daß die possessio der delentio schroff gegenübersteht, und nicht aus dieser abgeleitet werden kann, welche allerdings ein bloß thatsächliches Verhältniß ist. Die Detention nämlich ist das bloß körperliche, natürliche Innehaben einer Sache. Es findet hier kein Rechtsverhältniß der innehabenden Person zur Sache statt, indem sie nicht ihren Willen in dieselbe legt, solche nicht für sich haben will, sondern nur für den Eigenthümer in Folge eines zwischen diesem und ihr obwaltenden Rechtsverhältnisses bewahrt. Der Detentor steht daher zwar in einem Rechtsverhältniß zum Eigenthümer der detinirten Sache, aber nicht zu dieser selbst. Daher hat er auch in der Eigenschaft, als Inhaber der Sache, keine possessorischen Rechtsmittel, er hat eine nicht juristische Gewahrsam.

Wie wesentlich der Wille, die Sache als sein eigen zu haben, zum Besitz ist, und wie unwesentlich die Innehabung ist, geht daraus hervor, daß der Besitz fortdauert auch ohne körperliches Innehaben, ja daß sogar der Besitz einer Sache erworben werden kann ohne deren Ergreifung, daß hingegen die Gewahrsam vorhanden sein kann in Fällen, wo gar kein Besitz denkbar ist, weil dem Inhaber die Willensfähigkeit mangelt, oder aber weil der Gegenstand dem Willen der Privatpersonen entzogen ist.

Aus dem Grunde nun, weil der gedachte Wille das Wesen des Besitzes ausmacht, und nicht weil derselbe, wie v. Savigny S. 26. sagt, ein factum und deshalb von allen Regeln des Civilrechts und des jus gentium unabhängig ist, kann der Besitz auch nicht übertragen werden; denn mein Wille, die Sache für mich zu haben, kann dem Andern nichts nützen. Bei der Uebergabe einer Sache tritt daher der neue Besitzer nicht ein in den frühern Besitz, sondern der frühere Besitzer zieht seinen Willen aus der Sache zurück, und der neue Besitzer legt den seinigen in dieselbe hinein. Wenn dessenungeachtet bei den Römern eine emtio possessionis vorkam, welche den juristischen Besitz übertrug, so ist dies ebenfalls so zu erklären, daß der frühere Besitzer seinen Besitz aufgab, um einem Andern die Möglichkeit zu gewähren, einen neuen Besitz zu gewinnen.

Das germanische Recht sprach die Eigenthümlichkeit des Besitzes noch deutlicher aus. Wenn ein Besitzer die körperliche Gewehre wider seinen Willen und ohne richterliches Urtel verlor, so behielt er dennoch die juristische Gewehre, den eigentlichen Besitz. Dies finden wir auch im preußischen Recht. Aus dem Verlust der Gewahrsam folgt noch nicht der Verlust des Besitzes, und hat daher ein Anderer jene auf unredliche Weise erlangt, so behält der frühere Besitzer den Besitz auch ohne Gewahrsam.

§. 112. 122. (7. I.) A.L.R.

Die Gewahrsam des preußischen Rechts aber ist nicht, wie die römische Detention, ein bloß thatsächliches Verhältniß. Es tritt hier vielmehr das germanische Rechtsverhältniß ein, wonach die Sache, welche in die Gewahrsam des Inhabers kommt, zu dessen Rechtskreis gehört, und in einem Schutzverhältniß zu demselben steht. Der Inhaber, welcher nicht auf fehlerhafte Art die Gewahrsam erlangt hat, wird deshalb als Besitzer behandelt, und genießt alle possessori-

schen Rechtsmittel. Unter Gewahrsam wird auch hier nicht, wie im römischen Recht, jede Innehabung einer Sache ohne den Willen, sie als sein eigen zu haben, verstanden, sondern nur diejenige, welcher die Absicht zum Grunde liegt, darüber für einen Andern zu verfügen. Wer eine Sache zwar als fremdes Eigenthum, aber in der Absicht darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen hat, wird als wirklicher Besitzer angesehen, und zur Unterscheidung von demjenigen, welcher eine Sache als sein eigen besitzt, unvollständiger Besitzer genannt. Er hat ebenfalls alle possessorischen Rechtsmittel.

§. 2. 6. 146. (7. I.) A.L.R.

Neben dem Inhaber und dem unvollständigen Besitzer stehen diese Rechtsmittel aber auch zugleich dem vollständigen Besitzer zu.

Der Hauptunterschied zwischen dem Inhaber und dem unvollständigen Besitzer besteht darin, daß der Inhaber die seiner Gewahrsam entkommene Sache nnr von demjenigen zurückfordern kann, der sie ohne allen Rechtsgrund besitzt, und daß sein Urheber ihn aus eigener Macht zu allen Zeiten entsetzen kann; während der unvollständige Besitzer, so lange sein Besitzrecht dauert, keinem Andern, selbst nicht dem vollständigen Besitzer oder dem Eigenthümer, zu weichen hat, und auf Wiederherstellung seines Besitzes gegen Jeden klagen kann.

§. 162. 164. 169. 170. a. a. O.

Hatte nun zwar bei den Römern der Begriff des unvollständigen Besitzes sich noch nicht entwickelt, so leitete doch das praktische Bedürfniß dahin, in einzelnen Fällen, wo der Inhaber die Sache nicht als sein eigen besaß, einen Besitz anzunehmen, oder wenigstens Besitzrechte zu verleihen. Betrachten wir nunmehr diese.

1) Die Emphyteusis. Hier fand etwas dem Aehnliches statt, was wir getheiltes Eigenthum nennen. Die Natur der Sache brachte es daher mit sich, daß die Römer den

Emphyteuta nicht minder als den Eigner (proprietarius) als Besitzer der Sache ansahen, und deshalb beiden die Interdicte zusprachen.

Sed et qui vectigalem i. e. emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur. Item, qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus est. Fr. 15. §. 1. D. qui satisd. cog. (2. 8.)

v. Savigny glaubt S. 222. den Besitz des Emphyteuta nur historisch erklären zu können; allein selbst wenn eine historische Veranlassung dazu vorhanden gewesen sein sollte, würde solche ohne praktisches Bedürfniß sich dennoch nicht erhalten haben.

2) Das Faustpfand. Hier sollte dem Pfandgläubiger die Gewahrsam der Sache gesichert werdeu. Es wurde daher als eine stillschweigend in dem Pfandvertrag liegende Uebereinkunft angenommen, daß dem Pfandgläubiger alle zu diesem Ende erforderlichen Besitzrechte übertragen worden seien. Letzterer wurde deshalb in allen Beziehungen, die Usucapion ausgenommen, als Besitzer betrachtet. Ihm allein standen darum die Interdicte zu.

Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet. Fr. 16. D. de usurpat. (41. 3.)

v. Savigny hat aber Unrecht, wenn er S. 343. annimmt, der Schuldner habe eigentlich gar keinen Besitz, es werde in seiner Person nur eine possessio ad usucapionem fingirt. Die römischen Juristen waren nicht so große Fictionenliebhaber, als daß sie, um den Usucapionsbesitz beim Schuldner zu fingiren, den Besitz desselben überhaupt erst wegfingirt hätten. Denn wenn der Schuldner auch dem Pfandgläubiger fast alle seine Besitzrechte abtrat, so behielt er immer noch den Besitz selbst, weil er eben nicht alle Besitzrechte aufgab, und er gab den Besitz deshalb nicht

gänzlich auf, weil solcher ihm nothwendig war zum Zweck der Verjährung, deren Vollendung auch im Interesse des Pfandgläubigers lag.

3) Ein besonderer Fall des Depositum.

Wenn nämlich das Eigenthum einer Sache eingeklagt, die Sache selbst aber bei einem Dritten (sequester) niedergelegt wurde, so konnten die Parteien ausdrücklich bestimmen, daß dieser Dritte zum Zweck der Unterbrechung der Usucapion, den Besitz der Sache haben sollte.

Hier wird der Besitz gänzlich aufgegeben, und dem Sequester übertragen.

4) Das Precarium, sofern der Eigenthümer nicht bloß den Gebrauch der Sache, sondern seine Besitzrechte dem Precaristen eingeräumt hat.

v. Savigny behauptet S. 348., der Precarist bekomme stets den Besitz wenn nicht das Gegentheil verabredet sei. Den Beweis dafür ist er jedoch schuldig geblieben, denn das von ihm angeführte fr. 4. §. 1. D. de prec. (43. 26.)

Meminisse autem nos oportet, eum qui precario habet, etiam possidere.

besagt weiter nichts, als daß der Precarist auch Besitzer sei. Er ist nämlich entweder Besitzer der Sache oder nur Besitzer des Nutzungsrechts, was fr. 2. §. 3. a. a. O. deutlich also sagt:

Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est, ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat.

Es wäre auch sonderbar, wenn gerade das willkührlich widerrufliche Precarium vorzugsweise gesetzlich mit den Besitzrechten ausgestattet wäre. Nimmt man dagegen an, was natürlicher ist, daß die Uebertragung der Besitzrechte nur in Folge besonderer Uebereinkunft geschah, so muß man Thibaut (System 7te Ausgabe §. 295.) darin beistimmen, daß auch

jedem andern Detentor die Vortheile des Besitzes vom Eigenthümer übertragen werden konnten. Das geht auch aus dem unter Nr. 3. erwähnten Fall hervor. Auf diese Weise wäre im praktischen Leben der gesetzliche Mangel zweckmäßig ergänzt worden.

Obgleich nun v. Savigny S. 125. selbst annimmt, der eigentliche ursprüngliche Besitzer könne das Recht des Besitzes auf den übertragen, welcher für ihn das Eigenthum ausübe, so hält er dennoch S. 127. fest an den im corpus juris ausdrücklich erwähnten Beispielen, und will keine weitere Ausdehnung dieser Ausnahmen von der Regel gestatten. Die gedachten Fälle aber, so verschiedenartig sie auch sind, faßt er zusammen unter dem neugebildeten Namen „abgeleiteter Besitz", obgleich die Uebertragung des Besitzes selbst, wie wir bereits oben gezeigt haben, unmöglich ist, vielmehr nur die Besitzrechte abgetreten werden können. Am allerwenigsten kann von einem abgeleiteten Besitz bei der Emphyteusis die Rede sein, weil hier der Besitz neben dem Emphyteuta auch dem Eigner zusteht.

v. Savigny bespricht demnächst diejenigen Sachen, welche nicht besessen werden können, so wie die Personen, welche unfähig sind zu besitzen. Der Grund dieser aktiven und passiven Unfähigkeit ist lediglich in dem Begriff des Besitzes zu suchen. Bei allen Sachen, welche dem Privatverkehr entzogen sind, ist der Wille, solche als sein eigen zu haben, unzulässig, und alle Personen welche willensunfähig sind, oder denen jener besondere Wille abgesprochen ist, können denselben nicht haben; in beiden Fällen ist daher der Besitz undenkbar. v. Savigny dagegen sagt S. 133.: „Gegenstand des Besitzes kann alles das nicht sein, was nicht in commercio ist, und wovon wir dieses wissen. Denn nun ist der animus domini nicht bloß unrechtlich, was er auch bei fremden Sachen ist, die wir dennoch wissentlich im Besitz haben können: sondern alle

Beziehung auf Usucapion und Interdicte, die außerdem ein Recht des Besitzes, unabhängig vom Eigenthum producirt, fällt hier weg."

Wir müssen hier v. Savigny seine eignen Worte S. 178 zurufen:

„Es ist gar nicht zu berechnen, wie weit es von der Wahrheit abführen kann, wenn man ohne ernste Kritik einen falschen Grundgedanken zur Basis nimmt, und darauf ruhig fortbaut, ohne sich auch im Fortgange der Arbeit durch kritische Prüfung ihrer Resultate stören zu lassen."

Am Schluß der Untersuchung über den Begriff des Besitzes giebt v. Savigny im §. 10. noch einen Ueberblick der Literärgeschichte dieses Begriffs, und kommt bei dieser Gelegenheit auf sein Lieblingsthema: die terminologischen Irrthümer in Betreff der possessio civilis und der naturalis possessio zurück.

Hierauf untersucht er die Bedeutung und Wahrheit der Regel: aller Besitz ist ausschließend (plures eandem rem in solidum possidere non possunt). Er behandelt dieselbe hier, weil sie, wie er S. 179. sagt:

„so allgemeiner Natur ist, daß sie auf alle Theile unserer Theorie Einfluß hat, und an keiner Stelle als hier entwickelt werden kann."

Unter den römischen Juristen selbst war Streit über diese Regel: Einige behaupteten, im Fall der Eine juste, der Andere injuste besäße, fände ein doppelter Besitz in solidum statt. Allein die für das römische Recht richtigere Meinung, daß durch die injusta possessio die justa possessio aufgehoben werde, siegte ob, und ist von Justinian anerkannt worden. Dies entwickelt v. Savigny im §. 11. durch die Auslegung mehrerer Stellen und folgert aus jener Regel, folgende zwei für die Besitzlehre wichtige Sätze:

„1) wenn nach der ausdrücklichen Erklärung unserer Rechtsquellen, der bisherige Besitz fortdauert, so folgt dar-

aus, daß noch kein neuer Besitz angefangen haben könne; was man auch so ausgedrückt hat: die possessio müsse vacua sein, um erworben werden zu können.
2) wenn das römische Recht einen neuen Besitz anerkennt, so muß eben deshalb der vorige Besitz aufgehört haben."

Als Beispiel dieses zweiten Satzes führt v. Savigny an, bei der Emphyteusis werde der juristische Besitz dem Pächter zugeschrieben, von dem Verpächter sage das römische Recht nichts, aber nach jener Regel müsse dessen Besitz durch die Verpachtung aufgehört haben.

Dagegen ist jedoch zu erinnern, daß in der oben bei der Emphyteusis angeführten Stelle, welche v. Savigny, ihrer Unbequemlichkeit wegen, ignorirt hat, dem bloßen Eigner ausdrücklich der Besitz zugeschrieben wird. Dieses eigenthümliche Rechtsverhältniß macht eine Ausnahme, indem hier gleichzeitig zwei Personen der Sachbesitz zugesprochen wird. Der Grund davon liegt eben in der Eigenthümlichkeit des Verhältnisses selbst, wonach bei dem Verpächter sowohl, als bei dem Pächter hinsichts derselben Sache der Wille vorhanden ist, diese für sich zu haben. Denn der Emphyteuta übt nicht blos ein Recht an einer fremden Sache aus, sondern besitzt dieselbe als sein eigen. Es findet hier der umgekehrte Fall von dem Rechtsbesitz statt. Der Inhaber der Sache hat eigentlich den wahren Besitz, den Sachbesitz, und der Eigenthümer nur den Besitz eines Rechts, denn sein abstraktes Eigenthum ist eigentlich nur noch ein Recht an einer fremden Sache.

Die eben beregte juris possessio handelt v. Savigny im §. 12. ab, und gibt S. 208. folgende Ableitung derselben:

„Das Recht der Interdicte gründet sich darauf, daß die Ausübung des Eigenthums auf eine unrechtliche Art z. B. durch Gewalt, gestört wurde. Wenn nun bei irgend einem andern Recht auch eine gewaltsame Störung der bloßen Ausübung gedacht werden könnte, so wäre es

ganz consequent, auch gegen diese Störung durch solche Interdicte zu schützen. Das ist aber der Fall bei allen Bestandtheilen des Eigenthums, welche als eigne Rechte für sich, und abgesondert vom Eigenthum selbst, existiren können."

v. Savigny trübt hier wieder seinen Blick durch die falsche Voraussetzung, der juristische Besitz sei nur eine Folge der Interdicte, während umgekehrt die Interdicte verliehen werden, wo Besitz vorhanden ist. Das ist auch hier der Fall. Besitz ist das unmittelbare Verhältniß einer Person zu einer Sache. Diese Sache nun kann entweder eine körperliche oder eine unkörperliche d. i. ein Recht sein. Das unmittelbare Verhältniß einer Person zu einem Recht aber ist vorhanden, wenn solches von ihr ausgeübt wird, und man auf diese Ausübung und nicht auf die derselben zum Grunde liegende Berechtigung sieht. Dies ist ein dem Sachbesitz ähnliches Verhältniß, es ist eine possessio juris, eine quasi possessio, ein Rechtsbesitz. Der Ausübende muß daher auch schon vor der Untersuchung seines Rechts in seiner Ausübung, gleichwie der Besitzer einer Sache, im Besitze geschützt werden.

Der diesem Besitz zum Grunde liegende Wille ist zwar, wie v. Savigny richtig bemerkt, kein animus domini, und zwar deshalb nicht, weil die Römer nur Eigenthum an körperlichen Sachen kannten, aber er ist etwas dem Aehnliches, es ist der Wille, das Recht für sich, zu eignem Vortheil, und nicht blos im Namen eines Anderen auszuüben. Die Ausübung für einen Andern ist ein der Detention ähnliches Verhältniß. Die Römer aber, bei welchen schon die Detention selbst kein Rechtsverhältniß war, haben dies nicht näher ins Auge gefaßt. Das preußische Recht hingegen nimmt hier die Innehabung eines Rechts an. Ueberhaupt ist der Rechtsbesitz im preußischen Recht zu höherer Ausbildung gelangt, und erscheint hier nicht mehr als ein nachgebildeter Besitz (quasi possessio), sondern als wirklicher Besitz. Denn

das preußische Recht kennt sowohl Eigenthum an unkörperlichen Sachen, als an körperlichen, mithin hat der Besitzer eines Rechts, auch den Willen Eigenthümer, nämlich des Rechts, zu sein. Während ferner das römische Recht seine juris quasi possessio auf eine willkührlich gebildete Anzahl dinglicher Rechte beschränkt, wovon noch diejenigen hier ausfallen, bei welchen ein eigentlicher Besitz, der sogenannte abgeleitete, statt findet, wird im preußischen Recht jedes persönliche Recht durch den hinzukommenden Besitz derjenigen Sache, auf welche jenes Recht sich bezieht, dinglich.

§. 135. (2. I.) A. L. R.

So ist denn schon dadurch hier der Rechtsbesitz viel umfangreicher, als im römischen Recht; jeder unvollständige Besitzer der Sache ist vollständiger Besitzer des Rechts.

§. 9. (7. I.) A. L. R.

Auch hierauf beschränkt der Rechtsbesitz des preußischen Rechts sich nicht, doch kann die fernere Ausdehnung desselben erst später erörtert werden.

Zum Schluß des ersten Abschnitts sucht v. Savigny im §. 12 a. noch die historische Frage zu beantworten, wie man darauf gekommen sei, den Besitz durch Interdicte zu schützen?

„Man möchte nämlich glauben", sagt er S. 215., „daß das Recht des Eigenthums völlig hingereicht haben müßte, und daß für den Besitz und seine Interdicte kein Bedürfniß empfunden worden wäre, besonders bei einem Volke, wie das römische, das von Natur, und bis zur gänzlichen Auflösung des alten Sinnes durch die Bürgerkriege mehr zu rechtlicher Ordnung als zu Gewaltthätigkeiten geneigt war."

Er fährt hierauf S. 216. also fort:

„Niebuhr hat diese Entstehung des Besitzes auf eine völlig befriedigende Weise erklärt. Es gab zweierlei Land in der römischen Republik, ager publicus und ager privatus, an welchem letztern allein Eigenthum galt. Allein

auch der ager publicus wurde nach der alten Verfassung größtentheils an einzelne römische Bürger zum Besitz und Genuß überlassen, jedoch so, daß stets die Republik das Recht behielt, ihn völlig willkührlich einzuziehen. Nun finden wir für diesen Besitz der Einzelnen am ager publicus, also für eins der wichtigsten und häufigsten Verhältnisse im alten Rom, nirgends eine bestimmte Rechtsform erwähnt, obgleich es bei dem juristischen Ordnungssinn der Römer gar nicht zu bezweifeln ist, daß eine solche Rechtsform, und insbesondere, daß ein Schutz des Inhabers gegen willkührliche Störung eingeführt war." Hieran wird dann S. 217. u. S. 223. die Hypothese geknüpft, daß die Interdicte ursprünglich diesen Zweck erfüllt haben, und daß solche später für den Besitz überhaupt in das Edikt als prätorische Rechtsmittel aufgenommen worden seien.

Diese Hypothese also ist für Herrn v. Savigny eine völlig befriedigende Beantwortung seiner Frage. Uns würde sie, wenn wir mit ihm das römische Volk mehr zu rechtlicher Ordnung als zur Willkühr geneigt ansähen, nicht so ganz befriedigen. In der That muß auch, um zu einem scheinbar befriedigenden Ergebniß zu gelangen, die Willkühr wieder eingeschmuggelt werden. Wurde diese Willkühr beim ager publicus etwa nicht von Römern verübt? Oder war das römische Volk so ordnungsliebend, daß es ager privatus und ager publicus wohl unterschied, um seine Willkühr nur an letzterem auszulassen?

Es ist möglich, daß die Sonderung der juristischen Begriffe vom Besitz und Eigenthum zuerst durch deren praktische Ausführnng veranlaßt wurde, es ist möglich, daß die Interdicte zunächst bei dem gedachten Verhältnisse zur Anwendung kamen, und erst später vom Prätor in ausgedehnterem Umfang eingeführt wurden. Mehr aber läßt sich darüber nicht sagen. Die Veranlassung der Interdicte ist jedenfalls nicht ihr Grund; dieser ist vielmehr zu suchen in der

Nothwendigkeit dem Rechtsverhältniß des Besitzes einen rechtlichen Schutz angedeihen zu lassen — das Bedürfniß zu solchem Schutz aber mußte sich nach unserer Ansicht von dem römischen Volkscharakter, als einem solchen, dessen Grundfarbe eben die Willkühr war, sehr früh geltend machen, und der Prätor führte wohl die Interdicte nur ein, um der Selbsthülfe Schranken zu setzen.

Wir gehen nunmehr zum zweiten Abschnitt über, welcher vom

Erwerb des Besitzes

handelt.

„Die ganze folgende Theorie des Besitzes," sagt v. Savigny S. 179., „schließt sich unmittelbar an diesen Begriff (des Besitzes) an, da in allem Erwerb oder Verlust des Besitzes eine Anwendung oder Modification dieses Begriffs enthalten ist."

Dieser Satz ist ganz richtig, allein da v. Savigny den Begriff des Besitzes falsch gefaßt hat, so ist dadurch auch die ganze Lehre in eine schiefe Lage gekommen, weil er dieselbe überall seiner Vorstellung vom Besitze anzupassen gesucht hat. Wir können daher nicht mit Gans übereinstimmen, welcher a. a. O. S. 9. das dieser Abhandlung bisher zu Theil gewordene Lob nur dahin beschränkt, daß sie nur dafür gelten könne, auch ohne ihre Grundlage vortrefflich zu sein. Er hätte vielmehr sagen sollen, daß, wo das Fundament schlecht gelegt ist, das ganze Gebäude zusammenstürzen müsse. Dies werden wir im Folgenden aufweisen. Es heißt nämlich S. 225.:

„Aller Erwerb des Besitzes beruht auf einem körperlichen Handeln (corpus oder factum) von einem bestimmten Wollen (animus) begleitet."

und S. 226.:

„Dieser Abschnitt wird demnach folgende Gegenstände zu untersuchen haben:

1) Das körperliche Handeln, welches die erste Bedingnug alles Besitzes ist.

2) Das Wollen, welches mit jenem Handeln theils bei dem ursprünglichen, theils bei dem abgeleiteten Besitz verbunden sein muß.

3) Die Anwendung aller dieser Regeln auf den Erwerb durch Andere."

v. Savigny geht demnach auch hier davon aus, das Thatsächliche sei die Grundlage des Besitzes, und kommt folgerecht darauf, die Erlangung der Detention als erste Bedingung desselben zu erklären. Ihm ist daher die körperliche Handlung (Apprehension) das Wesentliche zum Besitzerwerbe. Nun aber giebt es Fälle, wo der Besitz ohne alle Ergreifung erworben wird. Wie hilft sich v. Savigny hier?

1) Bei der traditio brevi manu nimmt er im §. 19. an, der Besitz werde zwar zunächst durch bloßen Willen erworben, jedoch nur deshalb, weil schon eine Ergreifung vorhergegangen sei. Allein eben daraus geht hervor, daß die Gewahrsam nicht das Wesentliche beim Besitz ist, sondern der Wille, die Sache als sein eigen zu haben, weil durch dessen Hinzutreten das frühere Innehaben zum Besitz wird.

Dies ist auch ausgesprochen im fr. 9. §. 9. de reb. cred. (12. 1.)

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. Nerva, Proclus, etiam antequam moveantur, condicere, quasi mutua, tibi haec posse ajunt. Et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere.

2) Beim constitutum possessorium. Hier wird durch den bloßen Willen Besitz erworben, und der bisherige Besitz in Gewahrsam verwandelt. v. Savigny bedarf zur Erklärung dieses Verhältnisses ebenfalls einer künstlichen Ableitung: er hilft sich durch eine Anwendung des Erwerbes

durch Stellvertreter und durch Hinweisung auf die vorhergegangene Ergreifung.

„Wer überhaupt," sagt er im §. 27., „durch seine Handlung einem Andern den Besitz zu erwerben im Stande ist, kann dieses natürlich um deswillen nicht weniger, weil etwa er, der Repräsentant, bis auf diesen Augenblick den juristischen Besitz der Sache gehabt hat. Zugleich ist es klar, daß für diesen Fall zwar nicht die Regel, wohl aber ihre Anwendung etwas anders, als für die übrigen Fälle bestimmt werden müsse. Denn da die Apprehension schon früher vorgekommen ist, so braucht sie jetzt nicht wiederholt zu werden, und die ganze Handlung muß folglich als eine umgekehrte brevi manu traditio betrachtet werden: wie nämlich bei dieser Art der Tradition der, welcher bisher die Detention ohne den Besitz hatte, durch bloßen animus possidendi, ohne neue Handlung den Besitz erwirbt, so verwandelt sich hier gleichfalls durch bloßes Wollen der Besitz in Detention, und (worauf es hier noch allein ankommt) das Recht des Besitzes selbst wird unmittelbar auf eine andere Person übertragen."

Wäre nicht der Wille, die Sache als sein eigen zu haben, das Wesentliche beim Erwerbe des Besitzes, sondern die Ergreifung, wie v. Savigny annimmt, so müßten die Willensunfähigen ebenfalls im Stande sein, Besitz durch sich selbst zu erwerben, weil sie eine Sache in ihrer Hand haben, mithin solche auch ergreifen können.

Im §. 14. untersucht v. Savigny die Beschaffenheit der Besitzergreifung.

„Alle Schriftsteller," sagt er, „haben unter jenem factum eine unmittelbare Berührung des eignen Körpers gedacht, also nur zwei Arten desselben angenommen: Ergreifen mit der Hand bei beweglichen Sachen, und Betreten mit den Füßen bei Grundstücken. Da aber im römischen Recht viele Fälle vorkommen, in welchen zwar auch durch

körperliche Handlungen, aber ohne solche unmittelbare Berührung, Besitz erworben wird, so hat man diese als symbolische Handlungen betrachtet, wodurch vermittelst einer juristischen Fiction die wahre Besitzergreifung repräsentirt werde."

Diese symbolische Besitzergreifung wird nun von den Lehrern des gemeinen Rechts auf die im römischen Recht vorkommenden einzelnen Fälle beschränkt.

Hiermit aber ist v. Savigny nicht einverstanden. Hören wir seine Gründe:

„Diese ganze Ansicht" sagt er S. 230., „wird schon im Allgemeinen sehr unwahrscheinlich, wenn man in Erwägung zieht, auf welche Art außerdem symbolische Handlungen im römischen Recht vorkommen. Die Mancipation, die Manumission, die Vindication — alle solche Handlungen, bei welchen sich wirklich positive Formen finden, sind dem römischen Recht ganz eigenthümlich. Bei allen juristischen Handlungen dagegen, die auch bei andern Völkern gewöhnlich waren (z. B. Kauf, Pacht u. s. w.), wurden solche positive Formen durchaus nicht gebraucht. Nun ist der Besitz an sich noch viel weniger juristisch, als die Geschäfte dieser zweiten Art: ja es ist ursprünglich gar kein juristisches Verhältniß." (?!)

„Demnach" schließt v. Savigny S. 231. „wäre es gegen alle Analogie, wenn der Erwerb des Besitzes wirklich durch symbolische Handlungen vor sich gehen sollte."

Diese Kette von Schlußfolgerungen gleicht der Theaterkette der Jungfrau von Orleans, welche bei dem geringsten Rucke mit Leichtigkeit gesprengt wird, weil die einzelnen Ringe nur durch Zwirnsfäden mit einander verbunden sind. Die ganze Kette fällt auseinander, wenn wir den Unterschied näher ins Auge fassen, welcher zwischen denjenigen symbolischen Handlungen stattfindet, die zum Zweck der Besitzergreifung dienen, und zwischen denen, welche dem strengen römischen Civilrecht angehören. Das Eigenthümliche der letzteren

besteht nämlich darin, daß sie zum Wesen des Geschäfts nicht erforderlich waren, sondern nur als nothwendige Förmlichkeiten auf Grund positiver Bestimmungen zu dessen Gültigkeit hinzutreten mußten; während gerade umgekehrt bei der symbolischen Besitzergreifung, die natürliche Form zur Erleichterung des Verkehrs umgangen wird, und die symbolische, als einfachere an deren Stelle tritt. Letztere ist daher etwas von den förmlichen symbolischen Handlungen des römischen Rechts wesentlich Verschiedenes, und von einer Analogie kann hier durchaus nicht die Rede sein.

Hören wir jedoch Herrn v. Savigny weiter S. 231.: „Dieser Grund aber erhält noch ein besonderes Gewicht durch die ausgedehnte Anwendung, welche von jenen symbolischen Handlungen gemacht werden müßte. Führte die Ansicht der Gegner nur darauf, daß in einzelnen seltenen Fällen ein symbolischer Erwerb anzunehmen wäre, so wäre es noch denkbar, daß sich eben wegen der Seltenheit dieser Fälle eine Inconsequenz in der Behandlung unvermerkt eingeschlichen und erhalten hätte. So ist es aber nicht, vielmehr wird in den allermeisten Fällen der Besitz auf die Weise erworben, welche man für symbolisch auszugeben pflegt. Bei Grundstücken z. B. würde die symbolische Erwerbung fast ganz allgemein eintreten müssen, indem ein Betreten des ganzen Grundstücks in allen seinen Theilen fast unmöglich ist, jedes nicht betretene Stück aber nicht für natürlich apprehendirt gelten soll: ja auch bei beweglichen Sachen ist es gewiß der seltenere Fall, daß gerade die ganze Sache mit der Hand ergriffen und umschlossen wird. Da also der symbolische Erwerb, wie man ihn behauptet, gerade in den meisten Fällen stattfinden soll, so hätte die oben bemerkte Inconsequenz unmöglich den römischen Juristen verborgen bleiben können."

Ohe! jam satis est! Uns ergreift ein kalter Schauer beim Anblick dieses „indem" und „also". Ist es er-

laubt, sich solcher Mittel zu einem, wenn auch vermeintlich guten Zweck zu bedienen? Wo ist der gemeinrechtliche Jurist, der jemals behauptet hätte, zur körperlichen Besitzergreifung eines Grundstücks bedürfe es des Betretens jedes einzelnen Sandkorns, zur Ergreifung einer beweglichen Sache der gänzlichen Bedeckung derselben durch die Hand? Ist das eine ehrliche Umschreibung dessen, was v. Savigny selbst oben als „körperliche Berührung" bezeichnet hat? — Sind die alten Sophisten wieder auferstanden? Wären sie es, sie würden sich vor ihrem Meister beugen! Dadurch also soll der oben gedachte Grund ein besonderes Gewicht erhalten? Ja, ein Gewicht, das ihn gänzlich zu Boden zieht, und seine Haltungslosigkeit vollkommen aufdeckt! — Doch die Sache richtet sich selbst, darum weiter, weiter!

v. Savigny setzt S. 232. seine eigene Ansicht von der Besitzergreifung auseinander.

„Es wird am leichtesten sein", sagt er daselbst, „von jenem falschen Begriff selbst auszugehen, um den richtigen Begriff aufzusuchen."

„Wer ein Stück Geld in der Hand hält, ist Besitzer desselben, daran ist kein Zweifel:" (In der That? Wie, wenn es nur für einen Andern bewahrt wird?) „und von diesen und andern ähnlichen Fällen wurde eben der Begriff einer körperlichen Berührung überhaupt abstrahirt, welche in allem Erwerb des Besitzes das Wesentliche sein sollte." (Also die Römer waren so große Geldliebhaber, daß sie ein Stück Geld stets mit ganzer Faust umfaßten und drückten, und von diesem Kneifen den Begriff der körperlichen Berührung überhaupt abstrahirten? Daß diese Berührung das Wesentliche beim Erwerbe des Besitzes sein soll, darüber wundern wir uns nicht mehr, diese Ansicht ist uns nun schon zu oft begegnet.) „Aber es liegt in jenem Fall noch etwas anderes, was nur zufällig mit dieser körperlichen Be-

rührung verbunden ist: nämlich die physische Möglichkeit auf die Sache unmittelbar zu wirken, und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen. Daß beides in jenem Falle enthalten sei, wird niemand leugnen: daß es mit körperlicher Berührung nur zufällig verbunden sei, folgt daraus, daß jene Möglichkeit ohne diese Berührung, und ebenso diese Berührung ohne jene Möglichkeit gedacht werden kann. Das erste: denn wer in jedem Augenblick eine Sache ergreifen kann, die vor ihm liegt, ist ohne Zweifel so unumschränkter Herr dieser Sache, als wer sie wirklich ergriffen hat." (Es findet hier nur der geringe Unterschied statt, daß jener seinen Willen, die Sache für sich zu haben, noch nicht geäußert hat, daß er mithin nicht als Besitzer der Sache gelten kann.) „Das zweite: denn wer mit Stricken gebunden ist, berührt diese unmittelbar, und doch könnte man leichter behaupten, daß er von ihnen besessen werde, als daß er sie besitze." (Nicht allein leichter, sondern mit vollem Recht, wenn man mit v. Savigny die körperliche Berührung als das Wesentliche des Besitzes ansieht!)

„Jene physische Möglichkeit also ist das, was als Faktum in allem Erwerb des Besitzes enthalten sein muß."

O herrliches, logisches „also"! Ja, wenn es mit dem „also" abgemacht wäre, gäbe es nichts logischeres, als die Gedankenfolge des Herrn v. Savigny! Diesem „also" tönt aber auch ein „also"? von unserer Seite als Echo entgegen. Dies ist also das, was als Faktum in allem Erwerb enthalten sein muß? jene physische Möglichkeit also ist es, was v. Savigny zu Anfang dieses Abschnittes Apprehension nannte? wovon er S. 227. sagt:

„In der ganzen Theorie des Besitzes scheint nichts leichter und sicherer zu bestimmen, als die Beschaffenheit der körperlichen Handlung, welche zum Erwerb des Besitzes nöthig ist."

Wir können kein Ende finden mit unserm „also"! wenn wir hören, jene physische Möglichkeit sei eine körperliche Handlung. Bei solcher Begriffsverwirrung steht uns fast der Verstand still! Man gönne uns einige Minuten, um uns zu sammeln, ehe wir unsere Ansicht vom Erwerbe des Besitzes vortragen! — — — —

Die Grundlage des Besitzes ist der Wille, eine Sache für sich zu haben. Der Besitz entsteht also, er wird erworben, sobald dieser Wille sich verwirklicht, indem die Sache ihm unterworfen wird. Es gehört demnach dreierlei zur Besitzerwerbung:

1) der Wille an sich, eine Sache zu besitzen,
2) die Möglichkeit, diesen Willen zu verwirklichen,
3) die Aeußerung dieses Willens.

Diese Willensäußerung geschieht nun entweder durch sofortige Verwirklichung des Willens, indem man die Sache in seine Gewahrsam bringt, — körperliche Besitzergreifung — oder durch eine Andeutung des Willens vermöge deutlicher Zeichen, — symbolische Besitzergreifung. —

Diese Ansicht von der Besitzergreifung liegt auch dem allgemeinen Landrecht zum Grunde.

Vergl. §. 3. 50—73. (7. I.) das.

Das körperliche Berühren aber ist die ursprüngliche und natürliche Weise der Besitznahme. Es ist daher ganz in der Ordnung, daß bei den Römern die symbolische Besitznahme erst nach und nach für einzelne Fälle durch das Bedürfniß eingeführt worden ist, und daß dieses hauptsächlich bei Grundstücken eintrat, und zwar wiederum bei der Uebergabe derselben, weil ein einseitiger Erwerb von Grundstücken von Seiten der Privatpersonen nicht vorkam. Noch seltener vertreten bloße Worte die körperliche Handlung, und deshalb bleibt für das römische Recht als Regel stehen, daß der Besitz animo et corpore erworben wird.

„Et apiscimur possessionem", sagt deshalb Paulus im fr. 3. §. 1. D. de acq. v. am. poss. (41. 2.) „corpore et animo; neque per se animo, neque per se corpore."

Die Fälle der Besitzergreifung durch Zeichen und bloße Worte wurden daher von den Lehrern des gemeinen Rechts von diesem Gesichtspunkte aus, und mit vollem Recht, als ungewöhnliche Erwerbsarten betrachtet. Thibaut hat sich denselben stets angeschlossen, und hat v. Savigny's Ansicht schon im Jahre 1804 in der allgemeinen Literatur-Zeitung einer gründlichen Beurtheilung unterworfen. Hierauf aber hat v. Savigny keine Rücksicht genommen, sondern nur S. 233. sich in einer Anmerkung kurz und vornehm darüber geäußert, ohne Thibaut einmal zu nennen. Er bezeichnet ihn nur als „seinen Recensenten in der allgemeinen Literatur-Zeitung."

Der Hauptfehler v. Savigny's besteht darin, daß er den Willen nicht als das Wesen des Besitzes ansieht, und deshalb die Nothwendigkeit der Willensäußerung zum Erwerbe des Besitzes übersieht.

Daher stellt er diese nicht als Erforderniß der Besitzerwerbung auf, sondern verlangt nur den Willen an sich und ein äußeres Verhältniß der Person zur Sache, und wirft letzteres mit der Ergreifung zusammen.

Hat die Willensäußerung einmal stattgefunden, so ist sie zur Bewahrung des Besitzes freilich nicht weiter nothwendig, es genügt vielmehr, wenn nur nicht der entgegengesetzte Wille sich äußert. Denn fortgesetzt wird der Besitz nicht nur ohne fortwährende Willensäußerung, sondern selbst ohne fortdauerndes Bewußtsein des Besitzes. Das römische Recht nimmt die Fortdauer des Besitzes sogar dann an, wenn die subjektive Unmöglichkeit der Aeußerung eines entgegengesetzten Willens vorhanden ist z. B., wenn der Besitzer wahnsinnig geworden ist.

Außer diesem Willen bedarf es zur Fortsetzung des Besitzes noch der weiteren Bedingung, daß es dem Besitzer

nicht unmöglich werde, seine Herrschaft über die Sache auszuüben. Dies kann geschehen:

1) Durch ein solches Ereigniß, wodurch es dem Besitzer unmöglich wird, die Gewahrsam der Sache überhaupt, oder auch ohne neue Besitzergreifung wieder zu erlangen z. B. durch den Untergang, durch die Umschaffung der Sache, durch die Flucht wilder Thiere.

2) Durch die Besitznahme derselben Seitens eines Andern.

Im ersten Fall kann der Besitz nicht fortdauern, weil dem Willen der Gegenstand fehlt, im letztern Fall, weil schon ein Wille in die Sache gelegt ist, welcher jeden anderen Willen ausschließt. Solches wird jedoch nur dann angenommen, wenn dieser Wille ein mächtiger ist, also dem andern Willen gegenüber sich in der Herrschaft der Sache behauptet. Deshalb wird der Besitz noch nicht verloren, wenn ein Anderer die Gewahrsam eines Grundstücks erlangt hat. Erst wenn der bisherige Besitzer davon Kunde erhalten, und den neuen Inhaber nicht sofort aus der Gewahrsam gesetzt hat, wird dieser Besitzer desselben.

Quamdiu saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoret. Fr. 46. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.)

Et si nolit in fundum reverti, quod vim majorem vereatur, amississe possessionem videbitur. Fr. 7. das. vergl. mit fr. 1. §. 25. D. de vi (43. 16.)

Bis dahin also, daß der frühere Besitzer die neue Besitznahme erfahren hat, dauert dessen Besitz, trotz der fehlenden Gewahrsam noch fort, woraus deutlich hervorgeht, daß der Wille das Wesentliche des Besitzes ist. Es wird der Besitz hier durch den bloßen Willen fortgesetzt. Daher sagt Paulus fr. 3. §. 7. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.):

Sed etsi animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.

Das preußische Recht spricht dies noch klarer aus. Hier dauert der Besitz von Sachen, auch nach Verlust der Gewahrsam, so lange fort, bis ein anderer den Besitz auf fehlerfreie Art ergriffen hat; bis dahin wird der Besitz durch bloßen Willen fortgesetzt.

§. 96—98. 113. 116. 117. 122. (7. I.) A.L.R.

Zur Fortsetzung des Besitzes bedarf es demnach zweier Bedingungen:

1) daß kein entgegengesetzter Wille eintrete,
2) daß nicht die Unmöglichkeit eintrete, diesen Willen geltend zu machen.

Hiernach ist es nur aus der vorgetragenen Ansicht v. Savigny's über den Erwerb des Besitzes erklärbar, wie er S. 270. sagen kann:

„Fortgesetzt wird der Besitz durch die Fortsetzung derselben Bedingungen, wodurch der Besitz erworben wurde."

Auf einer unrichtigen Voraussetzung beruht es ferner, wenn er hinzufügt:

„aber es ist sehr natürlich, daß hier zur Fortdauer des Besitzes nicht die unmittelbare physische Herrschaft nöthig ist, die zum Anfang desselben erfordert wurde; vielmehr kommt es nur auf die fortdauernde Möglichkeit an, jenes unmittelbare Verhältniß nach Willkühr zu reproduciren."

Denn zur Erwerbung des Besitzes ist eine unmittelbare physische Herrschaft ebenso wenig erforderlich, als zur Fortsetzung desselben: sonst gäbe es keine traditio longa manu. Auch ist es in beiden Fällen nicht nothwendig, das unmittelbare Verhältniß nach Willkühr wiedererzeugen zu können, denn es bedarf weiter nichts, als daß kein Anderer den Besitz der Sache ergreife, und daß keine objektive Unmöglichkeit, den Willen zu verwirklichen vorhanden sei: es könnte ja sonst im Fall eines vorübergehenden Hindernisses z. B. zur Zeit der Ueberschwemmung einer Wiese, der Besitz weder erworben noch

fortgesetzt werden, weil physische Einwirkung nach Willkühr hier nicht eintreten kann.

Nachdem v. Savigny in den §§. 15—17. durch Auslegung mehrerer Stellen seine Hypothese zu beweisen gesucht hat, daß es nämlich die Möglichkeit einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache ist, und nicht die körperliche Berührung, was die Ergreifung ausmacht, und nachdem er demnächst in den §§. 18—19. deren Begriff durch die Betrachtung der einzelnen Fälle noch näher bestimmt hat, klingt es fast wie Ironie, wenn er im §. 20. sich also vernehmen läßt:

„Die Beschaffenheit der körperlichen Handlung, wodurch der Besitz erworben wird, ist jetzt vollständig bestimmt:"

Er kommt sodann zu dem bisher vernachläßigten Willen, indem er hinzufügt:

„zu dieser Handlung aber muß ein bestimmtes Wollen (animus) hinzukommen, wenn der Besitz wirklich entstehen soll, und dieser Punkt ist hier zunächst zu erörtern."

Ueber den Willen selbst sagt er aber weiter nichts als:

„Nun besteht dieses Wollen ursprünglich darin, daß der Besitzer die Sache als eine eigene Sache behandle (animus domini),"

und macht nur darauf aufmerksam, daß damit die Ueberzeugung, daß man Eigenthümer sei (opinio domini), nicht zu verwechseln sei. Demnächst setzt er den Inhalt der §§. 21—25. als mit dem animus domini zusammenhängend auseinander. Er behandelt darin nämlich die drei Fragen:

1) Welche Personen können keinen Besitz erwerben, weil sie überhaupt nicht wollen können? (§. 21.)
2) An welchen Sachen kann kein Besitz erworben werden, weil kein animus possidendi an ihnen möglich ist? (§. 22.)
3) In welchen Fällen ist ein abgeleiteter Besitz möglich? d. h. in welchen Fällen ist es möglich, ohne animus domini den Besitz zu erwerben? (§. 23—25.)

Von dem abgeleiteten Besitz haben wir bereits oben gehandelt, das Einzelne der §§. 21. u. 22. aber bietet keinen Stoff zur Erinnerung dar, weshalb wir sogleich zu §. 26. übergehen. Hier wird der Erwerb durch Stellvertreter abgehandelt, und zwar wird mit Recht unterschieden der Erwerb durch unfreie und durch freie Personen.

„Nun ist nicht zu leugnen," sagt v. Savigny S. 351., „daß dieser Erwerb etwas ganz Eigenthümliches hat, aber man hat vergessen, zu untersuchen, worin dieses Eigenthümliche liege. Es kommt dabei überhaupt auf drei Punkte an: was muß der thun, durch welchen der Besitz erworben werden soll (der Repräsentant), was muß der (neue) Besitzer selbst thun? welches Verhältniß muß zwischen beiden existiren? Der erste und zweite Punkt enthalten durchaus nichts, was von der Regel alles Erwerbes überhaupt beträchtlich abwiche, ganz anders der dritte, folglich kommen bei diesem juristische Bestimmungen vor, welche die ersten Punkte durchaus nicht betreffen."

„Ueber diesen letzteren Punkt sagt nun v. Savigny S. 355. folgendes:

„Drittens ist ein juristisches Verhältniß zwischen dem Repräsentanten und dem Besitzer nöthig, wenn auf diese Weise Besitz entstehen soll. Man kann sagen, daß in der Regel entweder Befehl oder Auftrag dem Erwerb selbst vorhergehen müsse, je nachdem von einem Verhältniß juristischer Gewalt (des Vaters über seine Kinder, und des Herrn über seinen Sklaven), oder von einem freien Verhältniß die Rede ist."

Diese Erklärung aber ist ungenügend, weil durch den Sclaven und den Haussohn auch ohne Befehl des Hausvaters und durch den Vormund ohne Auftrag des Bevormundeten der Besitz erworben wird. In ein besseres Licht kommt die ganze Sache, wenn man der bisher besprochenen unmittelbaren Erwerbung des Besitzes, einen mittelba-

ren Erwerb desselben gegenüberstellt, und den Erwerb durch Stellvertreter nur als eine Art desselben betrachtet.

Der mittelbare Erwerb geschieht nämlich:

1) durch Personen, welche sich in der Gewalt des Hausvaters befinden.

Die solcher Gewalt unterworfenen Personen haben keine selbstständige Persönlichkeit, sie sind nur eine Erweiterung der Persönlichkeit des Gewalthabers, es findet eine Personeneinheit zwischen ihnen und diesem statt. Sie haben keinen Willen für sich, ihr Wille wird aufgehoben in den Willen des Hausvaters. Legen sie daher ihren Willen in eine Sache, und erwerben deren Besitz, so haben sie nicht ihren Willen in dieselbe gelegt, sondern den des Hausvaters, und haben den Besitz nicht für sich, sondern für diesen erworben, vorausgesetzt, daß dieser Kunde davon erhalten habe. Sie haben weiter nichts als die Gewahrsam der Sache.

Der Wissenschaft des Hausvaters bedarf es jedoch nicht einmal, wenn der Besitz ex peculiari causa erworben ist. Ein peculium aber ist hier dasjenige, was der Haussohn oder Sclave mit Erlaubniß des Hausvaters auf rechtmäßige Weise diesem zwar erwirbt, aber selbst verwaltet. Die Gestattung solcher Verwaltung wird schon dann angenommen, wenn dieselbe nicht untersagt ist. Wäre hier die Wissenschaft des Hausvaters erforderlich, so würde dieser sich fortwährend um die verwaltete Sache bekümmern müssen, wodurch dann die freie Verwaltung derselben aufgehoben würde.

Fr. 44. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.)

Aus dieser Weise des Besitzerwerbes geht nun deutlich hervor, daß der Wille des in fremder Gewalt Befindlichen als eigner Wille des Gewalthabers betrachtet wird. Daher kann dieser, sogar wenn er willensunfähig, also ein Kind oder wahnsinnig ist, durch seinen Sclaven Besitz erwerben, und daher können auch liegende Erbschaften und moralische Personen durch zugehörige Sclaven Besitz erwerben.

Nach preußischem Recht können Hauskinder auch für sich selbst Besitz erwerben; nur was sie bei Gelegenheit von Hülfsleistungen in der Wirthschaft und in dem Gewerbe der Eltern erwerben, das erwerben sie diesen.

§. 121—124. (2. II.) A.L.R.

Zum mittelbaren Erwerb gehört:

2) der Erwerb durch gesetzliche Stellvertreter willens- und handlungsunfähiger Personen.

Hier sind es freie Personen, Tutoren und Curatoren, welche auch für sich Besitz erwerben können, die aber zugleich die gesetzliche Befugniß haben, bestimmte willens- und handlungsunfähige Personen bei Rechtsgeschäften zu vertreten, mithin auch für dieselben Besitz zu erwerben. Sie handeln nicht im Auftrage des Bevormundeten, sondern sie sind dessen gesetzliche Stellvertreter, ihr Wille ergänzt, gesetzlicher Bestimmung gemäß, den mangelhaften Willen des Bevormundeten.

Bevormundete Personen können aber auch den Besitz durch sich selbst erwerben, sofern sie nicht willenslos sind, wie Wahn- und Blödsinnige. Bei Kindern ist dies nach römischem Recht streitig, doch hat v. Savigny S. 281. u. folg. sich mit Recht für die Verneinung entschieden. Nach preußischem Recht gilt im Ganzen dasselbe, und ist hinsichtlich der Kinder hier ausgesprochen, daß sie durch sich selbst keinen Besitz erwerben, weil sie keine Willenserklärung abgeben können.

§. 1060. (11. I.) §. 20. 23. (4. I.) A.L.R.

Da jedoch im preußischen Recht zur Besitzerlangung der Wille überhaupt nicht genügt, sondern ein rechtmäßiger Wille gefordert wird, so können auch Unmündige durch sich selbst nur dann Besitz erwerben, wenn solcher sich nicht auf einen lästigen Vertrag gründet, weil ihre Willenserklärungen nur in so fern gültig sind, als sie dadurch einen Vortheil erwerben.

§. 21. (4. I.) A.L.R.

3) Der Erwerb durch selbstgewählte freie Stellvertreter.

Hierher gehören sowohl die Stellvertreter von Körperschaften, als auch gewöhnliche Bevollmächtigte. Bei der Vollmacht kommt es auf die Willensfähigkeit des Bevollmächtigten gar nicht an. Der Machtgeber kann daher auch durch einen Willensunfähigen Besitz erwerben, nur muß derselbe das Bewußtsein des Besitzes haben, also nicht etwa wahnsinnig sein.

Fr. 1. §. 9. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.)

Dieser Erwerb kann entweder so geschehen, daß die ausdrückliche Vollmacht der Besitzergreifung vorausgeht, oder so, daß zuerst die Gewahrsam für einen Andern erworben wird, und hierauf dessen Genehmigung erfolgt.

Hiermit stimmt auch das allgemeine Landrecht überein. §. 45. (7. I.) §. 128. 131. (11. I.) §. 18. (13. I.) und §. 114. (6. II.) vergl. mit §. 26. und 33. (7. I.) das.

Im §. 27. wird das schon erwähnte constitutum possessiorium, als eine Weise des Besitzerwerbs durch Stellvertreter besprochen.

Im §. 28. scheint v. Savigny den Besitz plötzlich als ein Recht zu betrachten, indem er ihn mit andern Rechten vergleicht.

„Der Erwerb des Besitzes", sagt er, „ist jetzt vollständig dargestellt, und es ist aus dieser Darstellung klar, daß in diesem Erwerb Bestimmungen enthalten sind, welche ihn von dem Erwerb jedes andern Rechts unterscheiden. Alle bloß juristischen Gründe nämlich, welche außerdem den Erwerb eines Rechts begründen, oder unmöglich machen, haben diese Wirkung bei dem Besitz nicht."

Wir dürfen jedoch nicht wähnen, v. Savigny habe hier seine Meinung geändert, oder sei unbewußt in die richtigere Ansicht verfallen. Er hat den Besitz nur mit andern

Rechten verglichen, weil nach seiner Meinung der Besitz zwar kein Recht ist, aber wegen seiner Folgen als Recht behandelt wird. In diesem Sinn sagt er auch zu Anfang dieses Abschnitts S. 226.:

„Allein der Besitz wird als Recht betrachtet ꝛc."

Wie wenig übrigens der erwähnte Satz bedeutet, werden wir aus folgenden zwei Belägen desselben sehen, welche v. Savigny dazu anführt:

1) „bloß juristische Handlungen, in welchen nicht zugleich eine Apprehension liegt, geben den Besitz nicht."

Ein Grund wird nicht angegeben, warum dies nicht geschehe, wiewohl derselbe sehr nahe liegt. Versteht man nämlich hier unter Apprehension, was v. Savigny darunter verstanden haben will, die Möglichkeit nämlich über die Sache ausschließlich zu verfügen, so ist, ohne diese Apprehension, die objektive Möglichkeit des Besitzes nicht vorhanden, und alle juristischen Handlungen können dieselbe ebenso wenig ergänzen, als sie dies bei andern Rechtsverhältnissen thun können z. B., wenn das Eigenthum einer nicht im Verkehr befindlichen Sache erworben werden soll.

2) „Wenn die Bedingungen des Erwerbes vorhanden sind, so wird durch juristische Gründe der Ungültigkeit, der Besitz nicht ausgeschlossen."

Hiermit hat v. Savigny sagen wollen, daß, wenn die Bedingungen des Besitzes vorhanden seien, es nichts schade, wenn die Bedingungen des Eigenthums fehlen. Ebenso gut könnte man vom bonitarischen Eigenthum sagen, daß es nicht dadurch ausgeschlossen werde, daß die Bedingungen des quiritarischen Eigenthums nicht vorhanden seien.

Im dritten Abschnitt wird die Lehre vom

„Verlust des Besitzes"

vorgetragen. v. Savigny beginnt hier mit folgenden Worten:

„Im zweiten Abschnitt ist von dem Anfang des Besitzes geredet worden: hier soll das Ende desselben bestimmt werden. Diese Frage ist offenbar mit der nach der Fortdauer des Besitzes völlig gleichbedeutend, da jeder Besitz genau so lange fortdauern muß, als er nicht verloren wird. Hätten unsere Juristen diese einfache Bemerkung, die schon sehr früh gemacht worden ist, benutzt, so würden sie ihren Theorieen nicht nur ein ganzes Kapitel, sondern auch manche Widersprüche erspart haben, indem nun zuweilen bei dem Verlust des Besitzes das Gegentheil von dem gesagt wird, was bei der Fortdauer behauptet worden war.“

Wem v. Savigny diesen Seitenhieb zugedacht hat, ist nicht zu ersehen, da er Niemanden nennt, so viel aber ist gewiß, daß die bedeutenderen Juristen sich diesen Fehler nie haben zu Schulden kommen lassen, und nur diese können doch wohl „unsere Juristen“ genannt werden. Der alte Höpfner sagt schon im §. 282. seines Kommentars über die Heineccischen Institutionen:

„Wie lang erhält man den Besitz? So lange man das physische Vermögen zu verfügen und die Absicht, die Sache zu behalten hat. Wodurch geht der Besitz verloren? Sobald eins von diesen Erfordernissen wegfällt.“

und Thibaut in seiner bereits im Jahre 1802 erschienenen kleinen Schrift: „Ueber Besitz und Verjährung,“ behandelt Fortsetzung und Verlust des Besitzes in den §§. 21. u. folg. zusammen. Dasselbe hat er seit 1803 in seinem System des Pandekten-Rechts stets gethan, indem er im §. 305. sagt:

„In Rücksicht des Verlusts des Besitzes (woraus sich, verbunden mit den Grundsätzen des Erwerbes die Lehre von der Forsetzung des Besitzes von selbst ergiebt) ꝛc.“

v. Savigny setzt hierauf noch einmal seine schon früher besprochene Meinung über die Fortsetzung des Besitzes auseinander, und stellt am Schluß des §. 29. folgende Sätze

auf, die sich von dem angeführten des alten Höpfner nur in der Ausdrucksweise unterscheiden:

1) „soll der Besitz fortdauern, so muß ein körperliches Verhältniß und animus vorhanden sein."

2) „hat das eine allein, oder das andere allein, oder haben beide zugleich aufgehört, so ist der Besitz verloren."

Diese Sätze sind richtig, sofern man von dem zur Fortsetzung des Besitzes erforderlichen corpus und animus richtigere Vorstellungen mitbringt, als die v. Savigny'schen sind.

Für das preußische Recht ist hier wiederholt zu bemerken, daß durch den bloßen Verlust der Gewahrsam der Besitz nicht verloren geht, wenn derselbe nicht zugleich von einem Andern auf fehlerfreie Art ergriffen, und dadurch der frühere Wille verdrängt wird. §. 112. 122. (7. I.)A.L.R.

In den §§. 30—32. wird durch Vorführung der einzelnen Stellen des corpus juris sowohl die in jenen Sätzen enthaltene Regel selbst, als auch aus vielen Anwendungen deren Vorhandensein nachgewiesen. Hier ist v. Savigny, wie überall, wo es nur auf Auslegung ankommt, und wo diese nicht durch falsche Vorstellungen getrübt wird, ganz auf seinem Felde.

Im §. 33. wird die Fortsetzung und der Verlust des Besitzes durch Mittelspersonen, oder wie v. Savigny sie weniger bezeichnend nennt, durch Stellvertreter abgehandelt. Die Herrschaft über die Sache kann nämlich entweder allein durch den Besitzer selbst, oder auch noch mittelbar durch andere Personen, durch Mittelspersonen, bewahrt werden. Dahin gehören alle diejenigen, welche eine Sache in der Gewahrsam haben, ohne den Willen Eigenthümer derselben zu sein. Durch dieses Verhältniß hört die Gewahrsam des Besitzers nicht auf, es ist vielmehr eine Verstärkung derselben, indem noch das körperliche Innehaben der Sache für ihn Seitens der Mittelsperson hinzutritt. Dies gilt auch für das preußische Recht, und deshalb wird durch Einräumung

des unvollständigen Besitzes der vollständige nicht verloren, vielmehr wird derselbe dadurch fortgesetzt.

§. 124. (7. I.) A.L.R.

v. Savigny hat diesen Grundsatz nicht erkannt, deshalb fehlt ihm die Richtschnur zur Entscheidung da, wo die Fragmente der römischen Juristen Zweifel übrig lassen.

Die aus dem gedachten Grundsatz sich ergebenden praktischen Folgen können kurz dahin angegeben werden:

1) daß so lange die Gewahrsam der Mittelspersonen dauert, der Besitzer seinen Besitz nur durch den Willen, nicht aber mit der Sache verlieren kann. Er behält den Besitz daher in diesem Fall, auch wenn er selbst hinausgeworfen wird.

2) daß aber auch das bloße Aufhören der Stellvertretung den bisherigen Besitz noch nicht aufhebt z. B., wenn die Mittelsperson stirbt, oder der Vertrag zu Ende geht.

3) daß die Mittelsperson ihre Gewahrsam nicht durch ihren bloßen Willen in Besitz verwandeln kann, sondern bei unbeweglichen Sachen nur durch Entsetzung des Besitzers und bei beweglichen Sachen durch diebische Ergreifung derselben.

v. Savigny, welcher zum Erwerbe des Besitzes nur einen Willen an sich und ein äußeres Verhältniß zur Sache, aber keine Willensäußerung (Apprehension) verlangt, kommt S. 430. zu dem Ergebniß, daß zur Erwerbung des Besitzes Seitens der Mittelspersonen mehr verlangt werde, als sonst. Nach unserer Ansicht ist es jedoch ganz in der Ordnung, daß der bloße Wille zur Besitzerlangung nicht genügt, weil dieser beim Erwerbe des Besitzes nicht ein innerlicher bleiben darf, sondern sich äußern muß. Eine bloße Willenserklärung oder symbolische Ergreifung aber ist bei einem unrechtmäßigen Willen nicht genügend, weil dadurch dem früheren Besitzer die Gewahrsam nicht entzogen wird. Es muß daher bei beweglichen

Sachen deren Verbergung durch Diebsgriff und bei Grundstücken die Entsetzung des Besitzers eintreten.

v. Savigny meint, daß bei Grundstücken der bloße Wille deshalb nicht genüge, weil bei diesen, wie überall, so auch hier, der Besitz nicht früher verloren werde, als der Besitzer die aufgehobene physische Möglichkeit der Einwirkung wisse.

Es ist jedoch nicht außer Acht zu lassen, daß er hier nicht eher Kunde davon erhalten kann, als bis die Mittelsperson ihm den Einlaß verweigert hat, weil diese von ihm selbst die Gewahrsam erhalten hatte, und ihren Willen daher durch bloße Besitznahme nicht äußern konnte. Dies ist auch ausgesprochen im fr. 12. D. de vi (43. 16.):

Colonus eum cui locator fundum vendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit: deinde colonus vi ab alio dejectus est. Quaerebatur, quis haberet interdictum unde vi? Dixi, nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset; an emptorem, cui jussisset dominus tradi possessionem, non admisit. Igitur interdictum unde vi colono competiturum, ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem *dejecisse* tunc videretur, cum emptori *possessionem non tradidit.*

Ist die Mittelsperson in der Gewalt des Besitzers, so kann sie auch durch dergleichen Ergreifung den Besitz nicht für sich erwerben, weil sie immer nur dem Hausvater erwirbt.

Fr. 15. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.)

Nach preußischem Recht kann derjenige, welcher eine Sache für einen andern inne hat oder unvollständig besitzt, diesen seines Besitzes nur durch solche Handlungen entsetzen, welche die Eigenschaften einer *neuen Besitzergreifung* an sich haben.

§. 69. 125. (7. I.) A.L.R.

Eine weitere praktische Folge unseres Grundsatzes ist:

4) daß durch den Verlust der Gewahrsam Seitens der Mittelsperson der Besitzer seinen Besitz nur dann verliert, wenn dadurch zugleich auch ihm die Gewahrsam entzogen wird.

Dieß ist z. B. dann der Fall, wenn ein Anderer die Mittelsperson entsetzt, und sich selbst in den Besitz der Sache setzt. Hier geht der Besitz schon durch die bloße Entsetzung verloren, ohne daß der frühere Besitzer Kunde davon erhält, weil hier der Besitznehmende das Grundstück nicht verlassen findet, sondern auf Widerstand stößt, und dadurch schon seinen mächtigen Willen bewähren kann.

Fr. 44. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.)
Fr. 1. §. 22. D. de vi (43. 16.)

Sind mehrere Mittelspersonen vorhanden, so muß er zu diesem Ende diese sämmtlich hinauswerfen.

Fr. 1. §. 45. D. de vi (43. 16.)

Dagegen hört der Besitz bloß dadurch nicht auf, daß die Mittelsperson die Gewahrsam aufgiebt, vielmehr muß die Besitznahme Seitens eines Dritten hinzukommen:

Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur. Fr. 31. D. de dolo malo (4. 3.).

Quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem. Fr. 3. §. 8. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.)

Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessit: propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retinetur et contineretur. — — — Idem existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit.

Sed haec esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possiderit. Fr. 40. §. 1. D. das. Vergl. auch fr. 3. §. 8. das. u. fr. 7. pr. D. pro empt. (41. 4.)

Bei dieser Besitznahme Seitens des Dritten aber gilt es gleich, ob solche willkührlich geschehen ist, oder ob eine Uebergabe durch die Mittelsperson stattgefunden hat.

Similis est ei, qui quid deposuit vel commodavit: quos palam est desinere usucapere, si commodata vel deposita res, alii tradita fuerit ab eo qui commodatum vel depositum accepit. Fr. 33. §. 4. D. de usucap. (41. 3.)

Unentschieden ist es, ob bei Grundstücken in diesen Fällen, wo der Dritte keinen Widerstand zu überwinden gehabt hat, dieser nicht eher Besitz erlangt, als bis der frühere Besitzer von seiner Besitznahme Kunde erhalten hat.

Julian scheint im fr. 33. §. 1. D. de usacap. (41. 3.) solche Kunde nicht vorauszusetzen, wenn er sagt:

Si quis emerit fundum sciens ab eo, cujus non erat, possidebit pro possessore.

Allein hier ist nicht ausdrücklich von einer Mittelsperson die Rede, und wohl nicht an eine solche gedacht. Dagegen spricht Paulus im fr. 3. §. 9. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.) ganz unbedingt aus:

Nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus: aut vi dejecti fuerimus.

Von einer gewaltsamen Entsetzung kann aber wohl nicht die Rede sein, wenn der Dritte durch Vermittelung der Mittelsperson die Gewahrsam erhält.

Justinian ging in const. 12. C. de acq. poss. (7. 32.) von einem unbestimmten Billigkeitsgefühl geleitet, noch weiter, und setzte fest, daß die Untreue der Mittelsperson dem Besitzer nie schaden solle. Hiernach kommt es daher nicht mehr darauf an, ob derselbe von der Besitznahme oder der Uebergabe seines Grundstücks Kunde erhalten hat; ja, auch an beweglichen Sachen kann der Besitz nicht verloren gehen, wenn die Mittelsperson solche einem Dritten übergiebt, oder dieselbe wegwirft, und ein Dritter sie als sein eigen ergreift.

Durch die Anfangsworte der gedachten Constitution:
„Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes."
hat v. Savigny sich veranlaßt gefunden, die hier von Justinian entschiedene Streitfrage in den Pandekten aufzusuchen, und hat deshalb von mehreren Fragmenten eine unrichtige Anwendung gemacht, und so Widersprüche in denselben gesehen, welche nach unserer Darstellung gar nicht vorhanden sind.

Für das preußische Recht ist noch zu bemerken, daß durch bloßen Verlust der Gewahrsam Seitens der Mittelsperson schon deshalb der Besitz nicht verloren gehen kann, weil dazu, wie überhaupt so auch hier, erfordert wird, daß derselbe von einem Andern auf fehlerfreie Art ergriffen werde; hierzu genügt dann aber auch jede Weise der Ergreifung, und die Untreue der Mittelsperson schadet nicht, wenn nur der Besitzergreifende in gutem Glauben ist.

§. 95—97. (21. I.) A.L.R.

Im vierten Abschnitt behandelt v. Savigny in den **§§. 34—43.**

die Interdicte.

Da diese jedoch unter den Wirkungen des Besitzes allein herausgegriffen sind, und nur im Zusammenhange mit den übrigen Wirkungen ihre wahre Stellung erhalten, so übergehen wir dieselben hier, und behalten uns die Beurtheilung dieses Abschnitts, so wie der v. Savigny'schen Ansicht von den possessorischen Klagen überhaupt bei Gelegenheit einer besondern Abhandlung über die Wirkungen des Besitzes vor.

Wir schreiten daher sogleich zum fünften Abschnitt, welcher

die juris quasi possessio

enthält. Ihr Begriff wurde bereits oben abgehandelt, und hier ist nur noch ihr Erwerb und ihr Verlust zu bestimmen. Diese Untersuchung aber wird von v. Savigny für jede

Klasse der hierher gehörigen Rechte besonders angestellt, daher zerfällt dieser Abschnitt in drei Theile:

1) persönliche Servituten, (§. 45.)
2) dingliche Servituten, (§. 46.)
3) jura in re, die nicht unter die Servituten gehören. (§. 47.)

Im §. 44. wird noch die allgemeine Bemerkung vorausgeschickt, daß hier, wie beim eigentlichen Besitz, der Erwerb und die Fortdauer auf körperlichem Verhältniß und auf Willen zugleich beruhe, und daß die letztere dieser Bedingungen auf ganz gleiche Weise wie beim Besitze selbst zu bestimmen sei, weshalb bei den einzelnen Rechten jener Wille nur insofern erwähnt werde, als derselbe bei ihnen in einer besonderen Gestalt zur Erscheinung komme.

„Die persönlichen Servituten (d. h. vorzüglich ususfructus und usus)" sagt v. Savigny sodann S. 576. „haben das Eigenthümliche, daß die Ausübung derselben immer mit dem natürlichen Besitz der Sache verbunden ist. Darum hat ihre quasi possessio mehr Aehnlichkeit mit dem eigentlichen Besitz, als die der übrigen Rechte, und diese Aehnlichkeit zeigt sich nicht nur in dem Erwerbe und Verlust, sondern auch in den Interdikten."

Hierin stimmen wir v. Savigny vollkommen bei; weniger richtig aber scheint uns seine Erklärung hinsichtlich der Beschaffenheit des frühern Besitzes im Fall des hier vorkommenden Verlustes durch Nichtgebrauch. Er sagt nämlich S. 578.:

„Deswegen bleibt nichts übrig, als anzunehmen, daß während des bloßen Nichtgebrauchs (ohne fremde Occupation) der Besitz in suspenso ist, und daß es sich erst durch Erneuerung des Gebrauchs oder durch Ablauf des ganzen Zeitraums zeigt, ob er in der ganzen Zwischenzeit da gewesen oder nicht da gewesen ist."

„Eben wegen dieser vorläufigen Unentschiedenheit," fügt v. Savigny hinzu, „ist aber diese Art des Verlustes bei den Interdicten ganz ohne Einfluß."

In dieser Einflußlosigkeit jedoch zeigt sich eben das Unpraktische und damit das Unrichtige dieser Meinung.

Nach unserer Ansicht dauert der Besitz auch während des Nichtgebrauchs fort bis zum Ablauf der Verjährungsfrist, und hört mit diesem Ablauf erst auf. Der Grund des Verlustes ist hier die stillschweigende Willenserklärung, den Gebrauch der Sache nicht haben zu wollen, für vorhanden aber wird diese angenommen, wenn solcher Gebrauch bis zum Ablauf eines gesetzlich bestimmten Zeitraums ganz unterblieben ist. Es ist auch leicht einzusehen, warum der Verlust durch stillschweigende Willenserklärung beim wahren Besitz nicht eintreten kann. Dieser ist nämlich die Erscheinung des Eigenthums, für die Ausübung der Rechte des Eigenthums aber läßt sich keine bestimmte Gelegenheit angeben, da dieselbe ganz in der Willkühr des Eigenthümers liegt, und daher der Anknüpfungspunkt für die Annahme eines entgegengesetzten Willens fehlt, selbst wenn die Ausübung noch so lange unterbleibt. Der Besitz persönlicher Dienstbarkeiten dagegen ist die Erscheinung des Willens, eine fremde Sache auf eine bestimmte Weise zu gebrauchen. Hierzu bieten sich bestimmte Gelegenheiten dar, bleiben diese daher längere Zeit unbenutzt, so kommt der frühere Wille nicht mehr zur Erscheinung, und es muß zuletzt angenommen werden, derselbe sei gar nicht mehr vorhanden. Der desfallsige Zeitpunkt aber hängt lediglich von positiv gesetzlicher Bestimmung ab.

Als Nichtgebrauch ist es nicht anzusehen, wenn ein Anderer den Nießbrauch ausübt, welchem der Nießbraucher ihn übertragen hat; sogar der Rechtsbesitz bleibt bei letzterem, weil der Besitz sich nicht abtreten läßt, und weil derjenige, welcher den Nießbrauch ausübt, nichts als Inhaber ist. Auch an den Eigenthümer selbst kann der Nieß-

brauch zur Ausübung überlassen werden, ohne daß er durch Nichtgebrauch verloren ginge. Sobald aber ein Dritter, ohne den Willen des Nießbrauchers, den Nießbrauch sich anmaßt, und sich im Besitz desselben behauptet, so verliert dieser denselben. Wenn daher der Eigenthümer, welchem der Nießbrauch überlassen ist, die Sache ohne Rücksicht auf diesen verkauft, oder im eigenen Namen verpachtet, so wird dadurch der Besitz des Nießbrauchers aufgehoben.

Bei solcher Anknüpfung an die allgemeinen Grundsätze verlieren diese Anwendungen den Anschein des Ausnahmsweisen, welchen sie bei v. Savigny S. 578. u. 579. haben.

Bei den dinglichen Dienstbarkeiten (den Grundgerechtigkeiten) unterscheidet v. Savigny drei Klassen, nämlich:

1) solche positive oder affirmative Servituten, deren Ausübung in einer eigenen unabhängigen Handlung besteht,
2) solche positive Servituten, die mit dem Besitz eines andern Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen,
3) negative Servituten oder Untersagungsrechte.

Diese Dienstbarkeiten werden dadurch erworben, daß sie als ein Recht ausgeübt werden. Die Ausübung für sich aber ist genügend, und bei negativen Dienstbarkeiten reicht sogar, im Fall der Erwerbung durch Vertrag oder Testament, die bloße Willenserklärung hin.

Den Verlust anlangend, so geht die erste Klasse der dinglichen Dienstbarkeiten gleich den persönlichen durch Nichtgebrauch unter, jedoch wird hier der Besitz durch die Handlung auch jeder fremden Person erhalten, sobald diese im Namen des Grundstücks erfolgt. Bei der zweiten Klasse der dinglichen Dienstbarkeiten wird der Besitz fortgesetzt durch die Fortdauer derjenigen Anstalt, durch deren Anlage der Besitz ergriffen wurde. Der Besitz der Untersagungsrechte endlich geht dadurch verloren, daß der Gegner die entgegengesetzte Handlung wirklich vollführt.

Der letzte Fall des Rechtsbesitzes betrifft die Superficies. Hinsichts des Erwerbes und Verlustes des Besitzes, gilt hier dasselbe, wie bei den persönlichen Dienstbarkeiten.

Nachdem v. Savigny den in den ersten Auflagen aufgestellten Satz zurückgenommen hat, daß das bloße Nichtthun des Gegners schon den Besitz einer negativen Servitut verschaffe (ein Satz, welchen Thibaut mit Recht schon in seiner Recension vom Jahre 1804 einen ungeheuren nannte, und dessen Sinnlosigkeit er nachwies,) ist gegen die Darstellung des Erwerbes und Verlustes des Rechtsbesitzes außer dem bereits Gerügten nichts weiter zu erinnern. Wir fügen daher nur noch die Bestimmungen des preußischen Rechts über den Erwerb und den Verlust der auf Gewahrsam gegründeten dinglichen Rechte hinzu. Dieselben sind sehr einfach. Da es sich hier stets um die Ausübung eines Rechts an einer fremden Sache handelt, so genügt zur Besitzerlangung der einseitige Wille des Besitzergreifenden nicht, der Besitz wird vielmehr nur erworben durch Uebergabe der Sache.

§. 77. (7. I.) A.L.R.

Ebenso wie dieser Besitz erworben wird, geht er auch verloren mittelst Uebergabe der Sache an einem Andern.

§. 129. das.

Durch bloßen Nichtgebrauch hört der Besitz eines solchen Rechts noch nicht auf, sondern erst dann, wenn die Ausübung bis zum Ablauf der Verjährungszeit unterblieben ist.

§. 130. das. §. 508. 546. (9. I.) A.L.R.

Im sechsten und letzten Abschnitt werden schließlich die Modificationen des römischen Rechts vorgetragen.

„Unter allen bedeutenden Irrthümern" sagt v. Savigny S. 611. u. folg., „die man über die römische Ansicht des Besitzes zu hegen pflegt, ist vielleicht keiner, der nicht zugleich durch das kanonische oder deutsche Recht veranlaßt wäre. Deswegen ist für die Anwendung wenig ge-

wonnen, wenn jene Meinungen bloß aus dem römischen Rechte völlig widerlegt sind. Man kann diese Widerlegung zugeben, und dennoch bloß eine falsche Deduction einer richtigen Ansicht entdeckt zu haben glauben. Soll also eine civilistische Theorie des Besitzes auf Anwendung Anspruch zu machen berechtigt sein, so muß das Verhältniß, in welchem sie zu den Bestimmungen des neueren Rechts steht, untersucht und dargestellt werden."

Hiermit spricht v. Savigny seinem Buche selbst das Urtheil und charakterisirt es als ein praktisch unbrauchbares, indem er die von ihm selbst gestellte Anforderung nicht erfüllt hat. Daß er dies nicht gethan, erkennt er sogar selbst an, indem er hinzufügt:

„Dieses Verhältniß wenigstens anzudeuten, ist die Bestimmung der folgenden Paragraphen; es vollständig auszuführen, liegt nicht in den Gränzen dieses Werkes, indem dazu ein ganz verschiedener historischer Standpunkt genommen werden muß."

Auch Andeutungen über die Abänderungen des römischen Rechts in Deutschland wären freilich etwas, wenn sie richtig wären, allein wie wir sogleich zeigen werden, sind sie durchaus schief, und zwar aus demselben Grunde, warum v. Savigny keine ausführliche Darstellung derselben gegeben hat, weil, wie er sehr richtig bemerkt, dazu ein von dem seinigen durchaus verschiedener historischer Standpunkt gehört. Er hat sich nämlich auf den Standpunkt des reinen römischen Rechts gestellt, und betrachtet das heutige gemeine Recht durch die römische Brille, welche noch dazu durch seine eigenen Vorstellungen getrübt ist. Er dreht der Gegenwart den Rücken zu, und indem er sich romantisch in die Vergangenheit vertieft, ruft er aus: „Wir haben nichts hinzugelernt und nichts vergessen, wir sind noch immer die alten Römer!"

Doch greifen wir Herrn von Savigny nicht vor, und hören wir dies von ihm selber aussprechen. Im §. 49. sagt er:

„Der Besitz bezog sich nach römischem Recht bloß auf Eigenthum und jura in re: in der Folge (und besonders durch das kanonische Recht), soll er auf jedes mögliche Recht überhaupt ausgedehnt worden sein."

„Nun beruhte das ganze Recht des Besitzes darauf, daß die bloße Ausübung eines Rechts, ohne alle Rücksicht auf die Existenz des Rechts selbst, gegen bestimmte Formen der Verletzung geschützt werden sollte: dieser Schutz also konnte sich nur auf solche Rechte erstrecken, bei welchen diese Formen der Verletzung gedacht werden konnten, und solche Rechte gab es, außer Eigenthum und jus in re nicht."

Dies ist die getrübte römische Brille des Herrn v. Savigny. Denn wir haben oben gesehen, daß der Schutz des Besitzes im römischen Recht eintrat, weil der Besitz selbst als ein gesetzliches Rechtsverhältniß betrachtet wurde, nicht aber, weil er in gewisser Weise nicht verletzt werden durfte.

Daß die Schutzmittel nur gegen solche Personen gegeben waren, welche den Besitz durch Gewalt störten, oder solchen sich mit Gewalt anmaßten, oder heimlich, oder aber durch gemißbrauchte Vergünstigung sich zu verschaffen suchten, ist sehr natürlich, weil eine Besitzstörung in keiner andern, als in einer dieser Weisen vorkommen kann.

Sehen wir nun zu, in welchem Lichte Herrn v. Savigny die nachrömische Ausbildung des Besitzes durch seine Brille erscheint. Er fährt fort:

„Allein durch die Verfassung der christlichen Kirche und der europäischen Staaten sind Rechte erzeugt und mit dem Besitz und Genuß des Bodens verbunden worden, welche die Römer theils nicht kannten, theils als eigene Rechte

der Einzelnen zu betrachten sehr entfernt waren. So hängt die Ausübung der bischöflichen Gewalt von dem Besitz der bischöflichen Kirche und ihrer Güter ab, und ein ähnliches Verhältniß der Staatsgewalt oder einzelner Zweige derselben zeigt sich bei der Landeshoheit der Fürsten, wie bei der Jurisdiction der Güterbesitzer. Ebenso verhält es sich endlich mit den aus dem deutschen Rechte herrührenden Reallasten, wie Grundzinsen, Zehnten und Frohnden. Bei allen diesen Rechten ist ein ähnlicher Schutz der bloßen Ausübung denkbar, wie bei dem Eigenthum, und der Besitz solcher Rechte, der auf diese Weise angenommen würde, ließe sich in den meisten und wichtigsten Fällen auf den Besitz des Bodens d. h. auf die Ausübung des Grundeigenthums reduciren. — — —"

„Aber selbst in den Fällen, in welchen nur eine einzelne Ausübung jener Rechte z. B. der Jurisdiction gewaltsam gehindert wird, ist zwar nicht jene Beziehung auf den Besitz des Bodens, wohl aber auf ein Analogon desselben denkbar, ganz wie bei der römischen juris quasi possessio. Denn bei diesen Rechten ist eben sowohl gewaltsame Störung denkbar, als bei Servituten, also auch derselbe Schutz der bloßen Ausübung consequent, der bei diesen schon durch durch das römische Recht bestimmt ist."

„Die hier beschriebene Beziehung des Besitzes ist aber nicht bloß denkbar, sondern sie ist längst wirklich gemacht worden. In dem kanonischen Recht ist sehr häufig von dem Besitz der Diöcesanrechte und anderer kirchlichen Rechte, so wie von den damit verbundenen Zehnten die Rede: und ebenso hat nie Jemand gezweifelt, daß die Jurisdiction und andere publicistische Rechte auf ähnliche Art gegen gewaltsame Eingriffe der Ausübung geschützt werden müssen, als das Eigenthum, obgleich bei allen diesen Rech-

ten nie ein Römer an ein Recht des Besitzes denken konnte. — — —"

„Wie verhält sich also diese Art des Besitzes zu dem römischen Recht? auf unmittelbarer Anwendung desselben beruht sie nicht, denn die Gegenstände dieser Anwendung sind dem römischen Recht fremd: wohl aber beruht sie auf einer sehr natürlichen und consequenten Fortbildung seiner Grundsätze. Die Ansicht des Besitzes ist dadurch auf keine Weise verändert: sie ist nur auf Gegenstände bezogen worden, worauf schon die Römer sie vielleicht angewendet haben würden, wenn sie diese Gegenstände gekannt hätten."

Wenn dieses „vielleicht" beweisend wäre, so wäre auch die vorstehende Ausführung vielleicht richtig. Wir können solchem „vielleicht" nicht so großes Gewicht beilegen, und bezweifeln aus anderen Gründen sehr, daß die Römer ihren Begriff des Besitzes auf jene Gegenstände angewendet haben würden. Denn der Begriff des Besitzes der Römer, so willkührlich er einerseits durch Anerkennung des bloß mächtigen Willens als eines rechtlichen ausgedehnt war, ebenso willkührlich war er hinsichtlich des Gegenstandes beschränkt. Die Römer kannten nur einen Besitz an körperlichen Sachen und an solchen Rechten, welche diesen durch altes Herkommen gleichgestellt waren, den so genannten dinglichen Rechten. Der Dinglichkeit dieser Rechte lag weiter nichts zum Grunde, als daß sie Beschränkungen des Eigenthums waren. Es waren namentlich diejenigen Rechte, welche in älterer Zeit nur durch die Form der mancipatio und der in jure cessio erworben werden konnten. Wo aber kein Grundsatz ist, ist auch keine ausdehnende Anwendung desselben möglich. Dazu kommt, daß eine negative Grenze derselben vorhanden war. Als Beschränkungen des Eigenthums konnten sie nämlich immer nur in einem Recht auf ein Dulden oder ein Unterlassen des Eigenthümers bestehen, sie konnten

kein Thun desselben zum Gegenstande haben, denn jedes jus in faciendo wurde von den Römern als obligatio angesehen.

Nun aber waren die deutschen Reallasten offenbar jura in faciendo, sie waren auf ein Thun gerichtet, sie enthielten keine Beschränkung des Eigenthums an einer Sache, sondern eine Verbindlichkeit einer Person, als Eigenthümerin einer Sache, oder gleichsam die Verbindlichkeit einer Sache, diese als Person gedacht, eine Realverbindlichkeit. Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß die Römer diese Rechte als Obligationen angesehen, mithin keinen Besitz derselben anerkannt haben würden.

Nähme man aber mit v. Savigny an, daß die Grundlage des Besitzes, die gewaltsame Störung sei, und daß die Römer bei allen Rechten einen Besitz würden haben gelten lassen, bei welchen eine gewaltsame Störung denkbar sei, so wäre um so weniger abzusehen, wie die Römer dazu hätten kommen sollen, einen Besitz bei Reallasten anzunehmen, weil dieser nicht durch Gewalt, sondern höchstens nur durch Verweigerung der Leistung gestört werden kann. Hätten aber die Römer mit v. Savigny schon hierin eine Gewalt gesehen, so würden sie auch folgerecht dahin gekommen sein, nicht nur bei diesen Rechten, sondern bei allen Arten sowohl von Vermögens- als von Familien-Rechten, von bürgerlichen und von öffentlichen Rechten einen Besitz gelten zu lassen.

Zu diesem Ergebniß ist man denn auch im gemeinen Rechte gekommen, jedoch aus anderem Grunde. Die Römer nämlich hatten schon in ihrer juris quasi possessio den Besitz an Rechten anerkannt, solchen aber auf eine willkührliche Anzahl beschränkt. Unter diesen Rechten befanden sich auch die Grundgerechtigkeiten, welche doch mit dem Besitz der dienenden Sache nicht verbunden waren. Diese Ausdehnung des Besitzes wurde im gemeinen Recht Regel, und solcher wurde anerkannt an allen Rechten, dieselben

mochten mit der Gewahrsam einer Sache verbunden sein oder nicht. Während demnach der Besitz bei den Römern die Erscheinung des Eigenthums und der dem Eigenthum gleichgestellten Rechte war, ist er im gemeinen Recht als die Erscheinung eines Rechtes überhaupt zu betrachten, welche in der Ausübung des Rechtes besteht.

v. Savigny erklärt diese Ausdehnung für ein Mißverständniß des römischen Rechts Seitens der Lehrer des gemeinen Rechts.

„Ein großer Theil unserer Juristen," sagt er S. 212., „hat dieses Stück der Theorie des Besitzes gänzlich mißverstanden. Weil man nämlich die bestimmte Bedeutung des römischen jus (in re) übersah, erklärte man die juris quasi possessio für Ausübung eines Rechts überhaupt."

Allein von einem Mißverständniß kann hier so wenig die Rede sein, wie bei so vielen andern Veränderungen, welche das römische Recht in der nachrömischen Zeit erlitten hat, denn diese Veränderungen sind aus dem Geiste der Zeit hervorgegangen, in welcher sie entstanden sind. Dies ist denn auch hinsichts der ausgedehnten Anwendung des Besitzes von Rechten der Fall. Dieselbe erklärt sich größtentheils aus dem germanischen Begriff der Gewehre. Diese fand bei allen Arten von Nutzungsrechten statt, und war nicht auf die römischen dinglichen Rechte beschränkt, ferner bezog sie sich nicht bloß auf das Verhältniß von Personen zu Sachen, sondern auch auf Familien- und auf ähnliche Verhältnisse, so daß man leicht dazu kommen konnte, nach Einführung des römischen Rechts hier einen Besitz anzunehmen.

Der Begriff des Privateigenthums war zwar noch nicht gehörig ausgebildet, es gab noch kein freies und unbeschränktes Eigenthum, dafür aber war wiederum der Umfang seiner Gegenstände sehr ausgedehnt, Forderungen von Zehnten und Diensten, Zwangs- und Bann-Rechten, kirchliche und weltliche

Aemter, so wie öffentliche Rechte waren im Privateigenthum, weil sie an den Erwerb gewisser Grundstücke gebunden waren. Da der Besitz aber nur die Erscheinung des Eigenthums ist, so ist es sehr natürlich, daß bei allen diesen Verhältnissen nach Einführung des römischen Rechts auch ein Besitz angenommen wurde.

Nach v. Savigny's Aeußerungen scheint es aber dennoch, als wenn die Lehrer des gemeinen Rechts ihre Befugniß überschritten, und den Besitz mit Unrecht auf die Ausübung aller Arten von Rechten bezogen hätten, indem er namentlich einen Besitz bei Familienrechten und Obligationen nicht gelten lassen will.

Zwar, meint er S. 616. u. folg., scheine die Behauptung desselben gerade bei dem wichtigsten Fall der Familienrechte, bei der Ehe, ausdrückliche Stellen des kanonischen Rechts für sich zu haben, nämlich cap. 8. 10. 13. X. de restit. spoliat., es handele sich jedoch hier nur um eine provisorische Verfügung, ähnlich der interimistischen Regulirung des Besitzstandes, welche sehr verschieden sei von dem Schutz des Besitzes als eines eigenen Rechtes.

Allein was sagt Herr v. Savigny dazu, wenn das kanonische Recht selbst von einem Besitz bei der Ehe spricht, wie dies gleich nach den von ihm angeführten Stellen in cap. 14. X. de restit. spoliat. (2. 13.) geschieht, woselbst es zunächst in der Ueberschrift heißt:

„Per solam traductionem mulieris ad domum viri factam, non praecedentibus sponsalibus vel invalidis, non acquiritur possessio: unde ea recedente propria auctoritate, non competit restitutio."

und im Text selbst:

„Quia igitur non credimus ambigendum, quin ipsa mulier (quamvis minor) causam possit matrimonii per procuratorem tractare, ac pars alia (quae mulieris restitutionem sibi fieri prius postulabat) restitui nequa-

quam debeat, utpote nullo juris seu possessionis commodo destituta, cum per solam traductionem nullum inter eos vinculum sit contractum.

Was sagt Herr v. Savigny dazu? Er schweigt — wie er dies fast immer gethan hat, wenn er sich nicht einmal durch Scheingründe zu vertheidigen wußte. Er wird unsere Frage so wenig hören, als er bisher diese Stellen gesehen hat, denn er hört und sieht nur das, was ihm in seinen Kram paßt; alles Uebrige ignorirt er auf vornehme Weise.

Was nun endlich den Besitz von Obligationen anlangt, so unterliegt es keinem Zweifel, und wird auch von v. Savigny nicht in Abrede gestellt, daß es einen Besitz an Zehnten, Frohnden und dergleichen Reallasten im gemeinen Recht gebe; namentlich spricht das kanonische Recht häufig vom Besitz und von der Ersitzung von Zehnten. Der Besitz bei fortdauernden Verbindlichkeiten ist mithin im gemeinen Recht anerkannt, der Besitz bei vorübergehenden Verbindlichkeiten aber mußte demselben deshalb fremd bleiben, weil im germanischen Recht das eigentliche Obligationenrecht gar nicht ausgebildet war und solches erst rein aus dem römischen Recht aufgenommen worden ist. Es war kein praktisches Bedürfniß vorhanden, die Besitzlehre auf vorübergehende Verbindlichkeiten auszudehnen, bei welchen die Wirkungen des Besitzes nur sparsam eintreten. Die gemeinrechtliche Lehre des Besitzes aber widerspricht solcher Anwendung nicht, und deshalb haben die Lehrer des gemeinen Rechts vollkommen Recht, wenn sie den Besitz als die Ausübung eines Rechts überhaupt bezeichnen.

Wir können es nunmehr der Beurtheilung der Leser anheimstellen, mit welchem Recht v. Savigny am Schluß seiner Abhandlung im §. 52. sagen kann:

„Das Resultat dieser Untersuchung über den Inhalt der neueren Rechte ist folgendes. Es sind darin allerdings

Rechtssätze aufgestellt, die das römische Recht nicht kannte: allein durch diese Sätze ist das Ganze der römischen Theorie so wenig aufgehoben, daß sie selbst im Gegentheil nicht anders Sinn haben können, als indem man sie als Zusätze zu jener Theorie betrachtet, deren Gültigkeit eben dadurch sehr deutlich anerkannt ist."

Die gemeinrechtliche Besitzlehre ist durch die in der deutschen Staatsverfassung vorangegangenen Veränderungen ins Schwanken gerathen, namentlich durch allmählige Verdrängung der Gewehre und durch Verwandelung derselben in Privateigenthum und Personenrechte, so wie durch Verbindung vieler früher nur an Grundstücke gebundener Rechte mit der Staatsgewalt, und durch Erhebung der Aemter aus Privateigenthum zu öffentlichen Behörden.

Indem auf diese Weise das Privateigenthum in die ihm gebührenden Grenzen zurückgeführt war, wurden auch die Gegenstände des Rechtsbesitzes wieder mehr beschränkt. Nun aber war es auch möglich, der Besitzlehre eine sachgemäße und folgerechte Ausbildung zu geben. Dies geschah bei Abfassung des allgemeinen preußischen Landrechts. Hier erhielt die gemeinrechtliche Lehre vom Besitz ihren Abschluß und ihre Vollendung. Man hat Seitens der philologisch-antiquarischen Rechts-Schule den Redaktoren des allgemeinen Landrechts den Vorwurf gemacht, daß sie gerade in dieser Lehre am willkührlichsten zu Werke gegangen wären, und solche aus ihrem Kopf neu und ganz unpraktisch construirt hätten. Wir glauben in dem Bisherigen bereits das Gegentheil nachgewiesen zu haben, und wollen dies nunmehr noch hinsichtlich des Besitzes an Rechten noch weiter durchführen.

Außer dem oben besprochenen Besitz an dinglichen Rechten kennt ihn das preußische Recht, wie das römische Recht, bei Untersagungsrechten und bei solchen Rechten, deren Gegenstand das fortdauernde Dulden einer Handlung ist, welche letztere hier

negative Rechte heißen. Ihm ist aber auch, gleich dem gemeinen Recht, der Besitz an solchen Rechten nicht fremd, deren Gegenstand fortdauernde Leistungen sind. Diese werden hier affirmative Rechte genannt. Der Begriff des Eigenthums, mithin auch der des Besitzes ist nicht mehr, wie im römischen Recht, beschränkt auf körperliche Sachen, und was diesen ähnlich ist, sondern, wie im gemeinen Recht, auf unkörperliche Sachen, auf Rechte überhaupt anwendbar. Dagegen ist das Privateigenthum nur in den seinem Begriff entsprechenden Grenzen anerkannt. Es giebt daher auch hier keinen Besitz mehr von Aemtern und höhern Regalien, und die Ausübung derselben durch Privatpersonen geschieht nur auf Grund eines Auftrages Seitens des Staates.

§. 1—3. und 69—70. (10. II.) A.L.R.

Nur die niederen Regalien d. i. die Nutzungsrechte des Staatseigenthums können noch jetzt von Privatpersonen erworben und besessen werden.

§. 26. u. 35. (14. II.) §. 20. (17. II.) §. 629. (9. I.) A.L.R.

Durch die Ausbildung des Privateigenthums, so wie der Personenrechte ist der Umfang der Gewehre sehr eingeschränkt worden, und dieselbe ist jetzt nur noch vorhanden als äußere Herrschaft einer Person über eine Sache (Gewahrsam) oder über ein Recht. Derjenige, welchem eine solche zusteht, heißt der Inhaber der Sache oder des Rechts.

§. 1. 2. 4. (7. I.) A.L.R.

Nur in einem Fall findet sich noch eine Spur der Ausdehnung des Besitzes auf die Ausübung anderer Rechte als der des Eigenthums, nämlich in Betreff der Adelsprivilegien ein kleines Ueberbleibsel des mittelalterlichen Rechtes, das, wenigstens seiner gesetzlichen Fassung nach, nicht von Suarez herrühren kann. Es heißt nämlich in den §§. 17—19. (9. II.) A.L.R.:

„Die Aufnahme in adeliche Ritterorden und Stifter zu adelichen Stellen; zu Turnieren; zur Ritterbank auf den

Landtagen und in den Collegien; so wie zu adelichen Hofämtern, beweiset den einer Familie zukommenden Geschlechtsadel."

„Wer entweder selbst oder wessen Vorfahren im Jahre 1740 im wirklichen Besitze des Adels sich befunden, und desselben nach der Zeit nicht verlustig gemacht haben, der soll in seinen adelichen Rechten durch den Fiskus nicht beunruhiget werden." (Thl. I. Tit. 9. §. 641. folg. A.L.R.)

„Wer entweder selbst, oder wessen Vorfahren 44 Jahre hindurch sich adelicher Prädikate und Vorrechte ruhig bedient, und also ein ausdrückliches oder stillschweigendes Anerkenntniß des Staates für sich haben, für den streitet die rechtliche Vermuthung, daß ihm der Geschlechtsadel wirklich zukomme."

Was nun den Erwerb und den Verlust des Besitzes der vorgedachten Rechte anlangt, so wird der Besitz eines affirmativen Rechts erworben, wenn Jemand eine Handlung, die ein Anderer als eine fortdauernde Schuldigkeit von ihm fordert, wirklich leistet.

§. 80. 97. u. 103. u. folg. (7. I.) A.L.R.

Der Besitz eines negativen Rechts wird erworben, wenn Jemand eine Handlung, welcher er widersprechen konnte, ohne Widerspruch duldet; doch muß die Meinung des Handelnden deutlich erhellen, daß ihm ein solches fortdauerndes Recht wirklich zustehe.

§. 81—85. das.

Es wird daher bei diesen Rechten, nicht wie im römischen Recht, Besitzerwerb ohne Wissen oder wider Willen desjenigen gestattet, gegen den das negative Recht erworben werden soll.

Der Besitz der Untersagungsrechte wird ebenso wie im römischen Rechte erworben, nämlich dadurch, daß Jemand auf das Verbot eines Andern von einer unternommenen Handlung

absteht; auch genügt hier ebenfalls schon eine rechtsgültige Willenserklärung.

§. 86—87. das.

Verloren wird der Besitz dieser Rechte in der Regel auf umgekehrte Weise wie er erworben wird, der Besitz affirmativer Rechte daher, wenn der Verpflichtete die fernere Erfüllung der von ihm geforderten Pflicht verweigert, und der Andere sich dabei beruhigt, der Besitz negativer Rechte, wenn der Andere sich in den Besitz des entgegengesetzten Untersagungsrechtes, und der Besitz von Untersagungsrechten, wenn der Andere sich in den Besitz des entgegengesetzten negativen Rechts gesetzt hat.

§. 126—128. das. u. §. 43. u. folg. (22. I.) A.L.R.

Durch bloßen Nichtgebrauch hört der Besitz dieser Rechte noch nicht auf, vielmehr erst dann, wenn die Ausübung bis zum Ablauf der Verjährungszeit unterblieben ist.

Unter diesen Umständen aber kann auch in der Regel jeder Rechtsbesitz durch Nichtgebrauch verloren gehen.

§. 130. (7. I.) §. 508. 509. 546. 632. (9. I.) u. §. 50. (22. I.) A.L.R.

Auch im preußischen Recht ist es streitig, ob es einen Besitz an vorübergehenden Verbindlichkeiten gebe? Es sind hier zwei äußerste Ansichten hervorgetreten: nach der einen können dergleichen Verbindlichkeiten bis auf wenige Ausnahmen niemals besessen werden;

Schröter's Lehrbuch des A.L.R. Bd. I. Hft. 1. S. 89.

die andere nimmt dagegen einen dauernden Besitz sogar bei solchen Verbindlichkeiten an, deren Gegenstand eine Reihefolge von Handlungen ist z. B. die Anfertigung eines Werkes, Gesindedienste u. dgl.

Jur. Wochenschr. Jahrg. V. S. 21. u. folg.

Prüfen wir zuerst die letztere Meinung.

Der Besitz eines Rechts besteht in der Ausübung desselben für sich selbst.

§. 5. (7. I.) A.L.R.

Das Recht kann nun entweder ein fortdauerndes sein, oder ein vorübergehendes d. h. ein solches, welches nur einmal ausgeübt wird. Diese einmalige Ausübung aber kann in einen Moment sich zusammenziehen, oder in eine Reihe von Momenten sich zerlegen, und einen bestimmten Zeitraum ausfüllen.

Der Besitz ist nun nicht die theilweise Ausübung eines Rechts, sondern die Ausübung des ganzen Rechts; das ganze Recht aber, welches in einer Reihefolge von Handlungen besteht, ist erst dann ausgeübt, wenn dieselben sämmtlich vollzogen sind. Von einem dauernden Besitz kann daher bei diesen Verbindlichkeiten nicht die Rede sein. Ganz anders ist es bei den affirmativen Rechten. Hier wird das Recht auf eine bestimmte Handlung einmal ganz ausgeübt, und damit der Besitz desselben erworben, weil es als ein fortdauerndes ausgeübt wird. Etwas Aehnliches findet bei Zinszahlungen statt, deshalb ist in dieser Beziehung auch das Vorhandensein des Besitzes ausdrücklich anerkannt, indem eine Verjährung durch Besitz zugelassen ist.

§. 839. (11. I.) A.L.R.

Den Erwerb des Besitzes kann man vor Vollendung der ganzen Handlung, welche Gegenstand des Rechtes ist, nicht annehmen, weil die Freiheit des Menschen im preußischen Recht anerkannt, uud diese nicht ohne die Möglichkeit der Willkühr denkbar ist. So lange daher die ganze Handlung noch nicht vollendet worden, ist auch noch keine Sicherheit für deren Vollendung vorhanden, und sie kann jeden Augenblick willkührlich unterbrochen, und nicht vollendet werden. Nur wer in dem Menschen einen römischen Sclaven, wenn auch nur in diesem beschränkten Gesichtspunkte, sieht, kann schon vor Vollendung der ganzen Handlung einen Besitz annehmen. Ist diese Handlung aber vollendet, so ist das Recht einmal ganz ausgeübt, und der Besitz ist erworben. Damit ist zugleich auch die erst erwähnte äußerste Ansicht widerlegt.

Man möchte vielleicht gegen den Besitz von Forderungsrechten noch erinnern, daß ein solcher deshalb nicht denkbar sei, weil durch die einmalige Ausübung des Rechts dasselbe untergehe. Allein es ist eben das Eigenthümliche dieser Rechte, daß sie als vorübergehend keinen dauernden Besitz zulassen, sondern nur einen vorübergehenden. Der Besitz ist hier ein solcher, welcher zugleich hervortritt und verschwindet.

Das Eigenthum an Forderungsrechten ist im

§. 393. (11. I.) A.L.R.

ausgesprochen, und von allen preußischen Juristen anerkannt. Dieses Eigenthum muß eine Weise der Erscheinung haben, diese ist die Ausübung, und diese Ausübung ist der Besitz.

Solcher Besitz ist auch nicht bloß in der Lehre vorhanden, er kann vielmehr abgesondert vom Eigenthum im Leben vorkommen, wenn ein Nichteigenthümer das Recht für sich ausübt. Ja, auch der Unterschied des Besitzes und der bloßen Innehabung macht sich hier praktisch geltend, und letztere ist vorhanden, wenn Jemand das Recht nur im Namen des Eigenthümers, also als Inhaber ausübt.

Hiernach charakterisirt sich der Besitz des preußischen Rechts durchgreifend als Erscheinung des Eigenthums. Dieses aber ist im preußischen Recht einerseits auf alle Gegenstände ausgedehnt, welche, ihrem Wesen nach, dem Willen der Person unterworfen werden können, andererseits ist es aber auch auf diese beschränkt. Der positive Begriff des Besitzes fällt daher hier mit dem philosophischen zusammen, und das allgemeine Landrecht erscheint als das vernünftige Recht, welches sich von den bloß zeitlichen Bestimmungen des gemeinen Rechts befreit, und welches auf dessen ewigen Grundlagen überall folgerecht fortgebaut hat.

Zu dieser Erkenntniß kann die philologisch-antiquarische Rechts-Schule nicht gelangen, weil sie die philosophielose ist. Sie schilt vielmehr das preußische Recht, das überall die Durch-

bildung des Begriffs vor Augen hat, ohne daß es sich durch das Ansehn irgend einer sogenannten classischen Zeit verblenden läßt.

Nachdem wir hiermit die nicht leichte Arbeit einer nach unsern Kräften gründlichen Beurtheilung der v. Savigny'schen Abhandlung über den Besitz vollbracht, und damit die schönste Frucht seiner und seiner Jünger Bestrebungen als innerlich faul erwiesen haben, müssen wir uns schließlich noch vor dem möglichen Vorwurfe bewahren, als ob wir Herrn v. Savigny's Verdienste gänzlich mißkennten. Wir halten ihn für einen der größten Philologen unserer Zeit, und glauben, daß wenn er sich der Philologie ganz hingegeben hätte, zu welcher seine geistige Natur eine Wahlverwandtschaft zu haben scheint, er äußerst befruchtend für dieselbe hätte wirken können. Möchten dies doch diejenigen seiner Schüler noch zur rechten Zeit einsehen, welche nur zur Befriedigung ihres philologischen Triebes sich seiner Schule angeschlossen haben. Die Rechtswissenschaft würde dadurch nur gewinnen, und würde der Philologie einen bessern Dienst erweisen, als ihr von dieser durch Uebermachung mehrerer ausgedienten Philologen geleistet worden ist.

Das juristische Studium kann nur gedeihen, wenn die Rechtslehrer zugleich Philosophen und Praktiker sind. So war es auch bei den Römern, welche die philologisch-antiquarische Rechts-Schule doch sonst überall als Muster aufstellt. Die römischen Juristen waren tüchtige Philosophen, und hatten eine reiche Praxis; deshalb waren sie auch ausgezeichnete Theoretiker. Die Mitglieder der philologisch-antiquarischen Rechts-Schule verachten die Philosophie, und kümmern sich wenig um die Praxis. Was sich aber ohne Philosophie und Praxis für die Theorie leisten läßt, glauben wir an dem vorzüglichsten Werke jener Schule zur Genüge dargethan zu haben.

Berlin, gedruckt bei A. W. Hayn.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Darstellung der Lehre vom Besitz als Kritik des v. Savigny'schen Buches:
Das Recht des Besitzers von einem preußischen Juristen

Berlin 1840

J.rom.m. 147 r
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566592-2